

Sygn. akt KIO 139/14  
Sygn. akt KIO 148/14  
Sygn. akt KIO 150/14

## WYROK

z dnia 11 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Emil Kawa**

**Marek Koleśnikow**

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **10 lutego 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **w dniu 27 stycznia 2014 r.** przez:

1. **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych MOSTY- ŁÓDŹ S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź - sygn. akt KIO 139/14,**
2. **SPRINT S.A. O/Warszawa, ul. Canaletta 4, 00-099 Warszawa - sygn. akt KIO 148/14,**
3. **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa - sygn. akt KIO 150/14,**

- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź,** przy udziale firm:

- A. **SPRINT S.A. O/Warszawa, ul. Canaletta 4, 00-099 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **sygn. akt KIO 139/14** po stronie zamawiającego,
- B. **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **sygn. akt KIO 139/14** po stronie odwołującego,

- C. Balzola Polska Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **sygn. akt KIO 139/14** po stronie zamawiającego,
- D. SPRINT S.A. O/Warszawa, ul. Canaletta 4, 00-099 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **sygn. akt KIO 150/14** po stronie odwołującego,
- E. Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **sygn. akt KIO 148/14** po stronie odwołującego,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa - sygn. akt KIO 150/14,**
  - 1.1. nakazuje dokonanie zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do 3 części zamówienia w zakresie podanym w treści uzasadnienia wyroku,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź,**
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa - sygn. akt KIO 150/14,** z tytułu wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Miasto Łódź – Zarządu Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź,** na rzecz odwołującego **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego z tytułu zwrotu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 139/14**

**Sygn. akt: KIO 148/14**

**Sygn. akt: KIO 150/14**

### **Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę i modernizację trasy tramwaju w relacji Wschód-Zachód (Retkinia - Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem - odcinki 1,2,4,5,6,7,8" (Dziennik Wspólnot Europejskich z 17 stycznia 2014 r., Nr 2014/S 012- 016165), w dniu 27 stycznia 2014 r. zostały złożone następujące pisemne odwołania firm:

1. Przedsiębiorstwa Robót Mostowych MOSTY-ŁÓDŹ S.A. - sygn. akt KIO 139/14,
  2. SPRINT S.A. O/ Warszawa - sygn. akt KIO 148/14,
  3. Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 150/14,
- w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Odwołania zostały wniesione wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 17 stycznia 2014 r.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą zarzucili zamawiającemu Miastu Łódź – Zarządowi Dróg i Transportu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2014 r. ww. sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

**Sygn. akt: KIO 139/14**

Odwołujący Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności warunków udziału w postępowaniu, opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, Warunków Kontraktowych, postanowień Aktu Umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami prawa.

Odwołujący, cofnął odwołanie pismem z dnia 5 lutego 2014 r., doręczonym 6 lutego 2014 r. przed otwarciem posiedzenia Izby. Z tych względów nie podlegało ono rozpoznaniu, a sprawa odwoławcza o sygn. akt: KIO 139/14 została umorzona odrębnym postanowieniem.

**Sygn. akt: KIO 148/14**

Odwołujący SPRINT S.A. O/Warszawa wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności Warunków Kontraktowych, postanowień Aktu Umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami i naruszający obowiązujące przepisy prawa.

Odwołujący, cofnął odwołanie pismem z dnia 7 lutego 2014 r., doręczonym przed otwarciem posiedzenia Izby. Z tych względów nie podlegało ono rozpoznaniu, a sprawa odwoławcza o sygn. akt: KIO 148/14 została umorzona odrębnym postanowieniem.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 stycznia 2014 r. do postępowań odwoławczych zgłosili przystąpienia następujący wykonawcy:

- A. Dnia 31 stycznia 2014 r. SPRINT S.A. O/ Warszawa, zgłaszający pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 139/14 po stronie zamawiającego,
- B. Dnia 31 stycznia 2014 r. Integrated Solutions Sp. z o.o., zgłaszający pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 139/14 po stronie odwołującego,
- C. Dnia 30 stycznia 2014 r. Balzola Polska Sp. z o.o. Warszawa, zgłaszający przystąpienie w formie elektronicznej do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 139/14 po stronie zamawiającego,
- D. Dnia 31 stycznia 2014 r. SPRINT S.A. O/Warszawa, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 150/14 po stronie odwołującego,
- E. Dnia 31 stycznia 2014 r. Integrated Solutions Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 148/14 po stronie odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniach odwoławczych: sygn. akt KIO 139/14, sygn. akt KIO 148/14, sygn. akt KIO 150/14.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania sygn. akt: KIO 150/14 na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

### **Sygn. akt KIO 150/14**

Odwołujący Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

**Zarzut 1.** Naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

**Zarzut 2.** Naruszenie art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ustawy Pzp oraz art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień skutkujących istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania robót budowlanych w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp.

**Zarzut 3.** Naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie umownego prawa do odstąpienia od umowy w zakresie wykonania robót budowlanych w sposób sprzeczny z normą wyrażoną w art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego, a nadto skutkujący modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego z zobowiązania zawartego w ofercie.

**Zarzut 4.** Naruszenie art. 143a ustawy Pzp poprzez wprowadzenie zasad dotyczących zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie robót budowlanych - z uwzględnieniem okoliczności zaangażowania podwykonawców - sprzecznych z warunkami określonymi w tym przepisie.

**Zarzut 5.** Naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

**Zarzut 6.** Naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp i 632 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień skutkujących istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp, a także przy zachowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

**Żądania** - nakazanie zamawiającemu:

1. wykreślenie kwestionowanych postanowień Warunków Szczegółowych Kontraktu oraz Warunków Szczegółowych Wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem, a także wszelkich innych postanowień w całej dokumentacji przetargowej, pozwalających na dowolną modyfikację wymagań OPZ i zmiany zakresu świadczenia wykonawcy,
2. zastrzeżenie w Akcie Umowy, że wszelkie zmiany przedmiotu umowy, odnoszące się do wykonania robót budowlanych oraz do Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem, jak również związane z nimi zmiany projektu robót budowlanych, do których odnoszą się Ogólne i Szczególne Warunki Kontraktu oraz Warunki Szczegółowe Wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem, powstałe w trakcie realizacji zamówienia, w tym po zaakceptowaniu przez zamawiającego rozwiązania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem zaproponowanego przez wykonawcę będą realizowane, jako zamówienia uzupełniające lub dodatkowe,
3. wykreślenie akapitu drugiego z postanowienia klauzuli 15.5 Szczegółowych Warunków Kontraktu na roboty budowlane, przewidującego prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku odstąpienia od Aktu Umowy w części dotyczącej wykonania obszarowego systemu zarządzania ruchem,
4. modyfikacji postanowień klauzuli 4.4.5. Szczegółowych Warunków Kontraktu w sposób odpowiadający dyspozycji art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił wniesionego odwołania o sygn. akt KIO 150/14. W odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie podał: *„Zamawiający nie zgadza się z postawionymi zarzutami i wnosi o ich oddalenie w całości. Odnosząc się merytorycznie do przedstawionych zarzutów odwołania Zamawiający wyjaśnia:*

1. *Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 pzp i art. 140 ust. 1 oraz art. 144 pzp i art. 632 1 k.c. dotyczący zapisów subklauzuli 1.13 lit.c) i d), 4.1.13 (SzWK)*

*Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Wykonawcy jakoby treść subklauzuli 1.13 lit. c) i d) oraz subklauzuli 4.1.13 naruszała normy pzp poprzez dopuszczenie dowolnej modyfikacji wymagań zamawiającego.*

*Subklauzula 1.13 lit. c) nie stanowi samoistnej i samodzielnej podstawy do zmiany umowy, albowiem jej dopełnieniem są postanowienia zawarte w klauzuli 13 Warunków Szczególnych Kontraktu, która szczegółowo reguluje przesłanki i warunki wprowadzenia zmian, których to zapisów Wykonawca nie kwestionuje. W przypadku zmian w zakresie dokumentacji projektowej stosowna regulacja wynika z brzmienia subklauzuli 13.1.1.4, który wyłącza*

dowolność i dopuszcza zmianę wyłącznie w przypadkach gdy zmiany taka są „niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy i osiągnięcia przyjętego założenia budowlanego oraz racjonalnego użytkowania, eksploatacji i serwisowania zrealizowanego obiektu, jak również w przypadku konieczności wykonania robót zamiennych, zamówień uzupełniających lub dodatkowych” Odpowiednio do powyższego, subklauzula 1.13 lit. c) określa jedynie procedurę postępowania i rozkład obowiązków pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą na wypadek ujawnienia się przeszkód skutkujących „koniecznością” opracowania zamiennej dokumentacji. Postanowienia subklauzuli 1.13. lit. c) w szczególności precyzują, na kim spoczywa obowiązek i koszty opracowania dokumentacji zamiennej, w zależności od tego po czyjej stronie leżeć będzie przeszkoda skutkująca „koniecznością” opracowania takiej dokumentacji. W zależności od treści takiej dokumentacji zamiennej w ogóle może nie wystąpić przypadek zmiany wymagań zamawiającego, względnie zastosowanie będą następnie miały postanowienia klauzuli 13 Warunków Szczególnych Kontraktu czy też zastosowanie będą miały powszechne normy pzp, skutkujące potrzebą udzielenia przez Zamawiającego odrębnych zamówień, w szczególności zamówień uzupełniających lub dodatkowych.

Subklauzula 1.13. lit. d) nie stanowi zmiany umowy i wymagań Zamawiającego, co wynika wprost z jej treści, oraz jest wynikiem modelu przedmiotowego zamówienia, gdzie to Wykonawca odpowiada za zaprojektowanie systemu obszarowego systemu zarządzania ruchem i jego wykonanie oraz wdrożenie, w sposób zgodny i kompatybilny z robotami budowlanymi stanowiącymi jeden z elementów przedmiotu zamówienia. Nie stanowi wykroczenia poza zakres przedmiotu umowy, zgodnie z którą Zamawiający określa minimalne parametry przedmiotu zamówienia, zaś Wykonawca w ramach modelu „zaprojektuj i wybuduj” odpowiada za ich całościową realizację, czyli zaprojektowanie a następnie wykonanie zgodnie z tym projektem. Wobec tego, iż zaprojektowanie obszarowego systemu zarządzania ruchem jest zadaniem Wykonawcy, pozostałe elementy zamówienia muszą być wykonane spójnie z zaproponowanymi przez Wykonawcę rozwiązaniami projektowymi. Jeżeli Wykonawca w ramach projektowania OSZR przewiduje rozwiązania skutkujące koniecznością skorygowania dokumentacji projektowej dla elementów robót budowlanych niezbędnych do prawidłowego wdrożenia zaprojektowania przez Wykonawcę systemu, to powyższa sytuacja nie stanowi rozszerzenia przedmiotu zamówienia i jego zmiany, tylko stanowi element prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z jego przeznaczeniem i celami zlecenia. W kontekście powyższych uwag brzmienie subklauzuli 1.13. lit. d) zawiera jedynie regulację proceduralną, określającą podmiot odpowiedzialny za dostarczenie aktualizacji dokumentacji projektowej adekwatnej do projektu OSZR, którego wykonanie jest zadaniem Wykonawcy. Równocześnie brzmienie



subklauzuli 1.13.lit d) wyklucza dowolność zmian i zapewnia uczciwą konkurencję, Wykonawca związany jest bowiem minimalnymi wymaganiami zawartymi w OPZ, w szczególności proponowane przez niego rozwiązania projektowe i związana z tym zamienna dokumentacja projektowa dla robót budowlanych nie mogą skutkować pogorszeniem parametrów jakościowych i funkcjonalnych przewidzianych dla tych robót.

Subklauzula 4.1.13 również jest kwestionowana przez Wykonawcę bezzasadnie, z przyczyn które szczegółowo wyjaśniono w uwagach do brzmienia subklauzuli 1.13 lit. d). Uzupełniająco należy wskazać, iż przewidziana w treści subklauzuli 4.1.13 norma wyłączająca możliwość zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej jest spójna z opisanym modelem realizacji zamówienia w trybie zaprojektowania i wykonania kompleksowych prac związanych z wykonaniem systemu, jego wdrożeniem i wykonaniem niezbędnej infrastruktury budowlanej. To Wykonawca odpowiada za dobór i opracowanie odpowiednich rozwiązań projektowych, odpowiadających wymaganiom Zamawiającego określonym w OPZ. Jeżeli zaproponowane przez niego rozwiązania rodzą potrzebę skorygowania dokumentacji projektowej, to stanowi to obszar działania i odpowiedzialności Wykonawcy, który odpowiada za realizację wszystkich elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Wobec powyższego wnoszę o oddalenie zarzutów w tym zakresie.

2. Zarzut naruszenia art. 140 ust. 1 pzp w związku z art. 395 1 k.c. dotyczące zapisów subklauzuli 15.1 SzWZ. Zamawiający podnosi, iż wskazywanego zapisu nie ma w subklauzuli 15.1. Zamawiający wyjaśnia, iż na akt umowy składają się Szczególne Warunki Kontraktu regulujące zasady wykonania robót budowlanych oraz Szczególne Warunki Wykonania Obszarowego Sterowania Ruchem, które regulują zasady dostawy i wdrożenia Systemu Obszarowego Sterowania Ruchem. Powyższe warunki stanowią część Aktu umowy, który w § 5 ust. 1 i 2 stanowi, iż: „1. Szczegółowy opis robót budowlanych i zasady ich wykonania określają dokumentacja projektowa oraz Warunki Szczególne Kontraktu.

2. Szczegółowe zasady wykonania i odbioru obszarowego systemu zarządzania ruchem określają opis przedmiotu zamówienia, zawarty w SIWZ i Warunki Szczególne wykonania obszarowego systemu zarządzania ruchem, stanowiące załącznik do niniejszego Aktu Umowy.”

W każdym z tych dokumentów w zależności od tego czy dotyczy to robót czy dostawy Systemu zamawiający przewidział odrębne przesłanki odstąpienia od umowy. Z uwagi na złożony charakter przedmiotu zamówienia możliwe są do zaistnienia sytuacje, w których uzasadnione będzie odstąpienie od części umowy dotyczącej tylko np. systemu, ale też mogą zaistnieć przypadki odstąpienia od umowy w części dotyczących robót i od części dotyczącej systemu. Dlatego też konieczne było dokonanie zastrzeżeń przypadków w

których będzie możliwe odstąpienie od umowy w części dotyczącej robót, gdy zamawiający odstąpi od umowy w zakresie dostarczenia Systemu. Dlatego też postanowienia subklazuli 15.5 SzWK należy czytać łącznie z § 20 ust. 20.3 WSWOSZR. W § 20 ust. 20.3 zostały jasno określone przypadki w jakich zamawiający ma prawo odstąpić od umowy w części dotyczącej Systemu i w jakim terminie. Natomiast zapis subklazuli 15.5 SWK jako dotyczący robot budowlanych odnosi się do przypadku odstąpienia od tej części od umowy jeżeli zamawiający wcześniej odstąpił od części umowy dotyczącej Systemu. Tym samym wobec jasnego definiowania przypadków odstąpienia od umowy w części dotyczącej Systemu wykonawca jest w stanie przewidzieć przypadki w jakich musi się liczyć z możliwością odstąpienia od umowy w części dotyczącej robót budowlanych. Zamawiający zastrzegając powyższe umowne prawo odstąpienia w sposób prawidłowy zastrzegł również termin w jakim może skorzystać z powyższego prawa. Przepis art. 395 k.c. wymaga wskazania terminu w jakim z tego prawa strona może skorzystać. Jednakże w zakresie wyjaśnienia pojęcia terminu należy odnieść się do art. 110 k.c. zgodnie z którym może on być w dowolny sposób, także poprzez wskazanie zdarzenia, które może wystąpić lub poprzez wskazanie konkretnej daty. Ponadto powstanie umownego prawa odstąpienia od umowy strony mogą uzależnić także od zaistnienia warunku - tak: E.Gniewek, Kodeks cywilny Komentarz, CH BECK, str. 659. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia właśnie z takim zastrzeżeniem warunku, bowiem prawo do umownego odstąpienia od umowy jest uzależnione od spełnienia warunku w postaci odstąpienia od umowy w części dotyczącej Systemu. W przypadku ziszczenia się tego warunku zamawiający może w terminie 60 dni odstąpić również od umowy w części dotyczącej robót budowlanych. Dlatego też bezzasadne są zarzuty odwołującego, iż przedmiotowe zastrzeżenie jest nieprawidłowe a w szczególności narusza art. 140 ust. 1 pzp.

Podkreślić należy, iż przepis art. 140 ust. 1 pzp wyraża zasadę, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta jedynie w zakresie określonym w postępowaniu poprzedzającym jej zawarcie. Świadczenie, określone w zawartej umowie, które ma spełnić wykonawca, powinno być odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zakres świadczenia wykonawcy, o którym mowa w przedmiotowym przepisie, to rozmiar tego świadczenia określony w danych jednostkach miary (np. sztukach, metrach, tonach, krotnościach). Tym samym postanowienia subklazuli 15.5 w żadnym zakresie nie dotyczą zakresu przedmiotu zamówienia lecz odnoszą się do prawa zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia od umowy, które to zastrzeżenie jest dopuszczalne w świetle art. 139 pzp. Przyjęcie tezy odwołujące oznaczałoby, iż nie jest możliwe zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia od umowy, co pozostaje w całkowitej sprzeczności z odwołaniem się w

*sprawach nieuregulowanych w ustawie do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu cywilnego. Prawo zamówień publicznych nie ogranicza ani też nie wyłącza możliwości dokonania takiego zastrzeżenia. Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego stanowi ono dodatkowe zastrzeżenie umowne, które upoważnia stronę do samodzielnego zakończenia istniejącego stosunku zobowiązaniowego, jest to zupełnie niezależne uprawnienie od zakresu świadczenia. Stąd też zarzut naruszania art. 140 ust. 1 pzp jest całkowicie chybiony i wnoszę o jego oddalenie.*

### *3. Zarzut naruszenia art. 143a pzp dotyczący zapisów subklazuli 4.4.5 SzWZ*

*Zamawiający w tym zakresie dokonał w dniu 31.01.2014r. modyfikacji treści SIWZ w części dotyczącej wzoru umowy tj.*

*- subklazuli 4.4.5 i dokonał zmiany odpowiadającej zapisom dotyczącym płatności odpowiadającym obowiązującym przepisom ustawy prawo zamówień publicznych w części dotyczącej podwykonawstwa. Zmiana powyższej subklazuli stanowi powtórzenie zapisów art. 143a pzp.*

*Dla uwzględnienia odwołania w tej części dotyczącej przedmiotowego zarzutu konieczne jest zaistnienie naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Na gruncie analizowanej sprawy, czynność kwestionowana w odwołaniu, stanowiąca zapis subklazuli 4.4.5 SzWZ został zmieniony zgodnie z oczekiwaniami odwołującego. Oznacza to tyle, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego zapisu naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt. Zamawiający bowiem w dniu 31 stycznia 2014 r. dokonał stosownej zmiany SIWZ i załączonych do niej warunków umowy. Zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Orzeczenie winno zatem rozstrzygać o zarzutach żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności, uwzględniając zarazem wszystkie okoliczności, także te które nastąpiły po wniesieniu odwołania, a wpływają na ocenę zarzutów stawianych w odwołaniu. W analizowanej sprawie, na moment wydania orzeczenia, kwestionowane w odwołaniu czynności zapis subklazuli 4.4.5 SzWZ nie istnieje -zostały przez Zamawiającego zmienione. Podkreślenia wymaga, że wyeliminowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty czyni bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec zapisów subklazuli 4.4.5 SzWZ . Podkreślić należy, iż na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość*

*podejmowania przez zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie - ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Okoliczność zmiany kwestionowanego zapisu umowy następczego, po złożeniu odwołania, nie może też być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ponowionych czynności nieskutecznymi. Krajowa Izba Odwoławcza bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. Czynności te podlegają zatem ocenie przez pryzmat ich wpływu na wynik postępowania. W tym kontekście, zarzuty odwołania skierowane do zapisu subklazuli 4.4.5 dotyczą czynności historycznej, wyeliminowanej z obrotu przez Zamawiającego, co czyni je bezprzedmiotowymi i pozostającymi bez wpływu na wynik postępowania, o którym mówi przepis art. 192 ust. 2 ustawy. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, np. wyrok KIO z dnia 6.06.2013 r., KIO 1209/13: "Uznaje się za niezasadne przyjęcie do orzekania stanu faktycznego nieistniejącego w czasie orzekania przez Izbę. Przyjmowanie za podstawę orzeczenia Izby zarzutów nie istniejących w chwili orzekania (uwzględnionych przed rozprawą przez zamawiającego), jest sprzeczne z celem art. 191 ust. 2 p.z.p. Izba ocenia sprawę, mając na uwadze stan, sprawy, a więc istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień zamknięcia rozprawy. "Wobec powyższego wnoszę o oddalenie zarzutu w całości, jako dotyczącego nieistniejącego stanu faktycznego.*

*4. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 pzp i art. 140 ust. 1 pzp w zw. z art. 144 ust. 1 pzp dotyczące opisu przedmiotu zamówienia dot. Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem - § 2.4, § 4.4, § 5.2, § 5.6, § 8.4, § 8.7.*

*Zamawiający nie zgadza się z tak postawionym zarzutem. W jego ocenie przyjęta przez [zamawiającego] teza nie znajduje żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie Obszarowego systemu zarządzania Ruchem opisał szczegółowe wymagania techniczne jakie musi spełniać zaoferowany System. Są to więc minimalne wymagania, które stanowią punkt odniesienia w ocenie czy zaoferowany i wdrażany przez wykonawcę System spełnia tak opisane wymagania. Zamawiający opisując wymagania dla Systemu i dokonując określonych zastrzeżeń umownych w zakresie dostawy Systemu dopuszcza możliwość zaoferowania gotowego oprogramowania jak również stworzenia dedykowanego oprogramowania. Dlatego też aby nie ograniczyć konkurencji, do jednego konkretnego systemu, co było realnym zagrożeniem, ponieważ w Mieście istnieje już jeden system - RAPID oraz realizowane są już inne odcinki, w których montowane są części tego systemu, z którymi ma zostać połączony*

zamawiany w ramach tego zamówienia System, zamawiający umożliwił wykonawcom możliwość zmian w dokumentacji technicznej, a tym samym dopuszczając taką możliwość musiał wprowadzić zapisy pozwalające mu na możliwość wyegzekwowania od wykonawcy Systemu, który spełniać będzie minimalne wymagania opisane w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych. Przyjęcie takiego rozwiązania powoduje, iż postawione wymagania minimalne są wiążące w ten sposób, iż Wykonawca nie może zaoferować realizacji przedmiotu zamówienia poniżej tych wymogów, może natomiast w ramach proponowanych rozwiązań projektowych przewidzieć realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o lepsze parametry. W tym kontekście zarzut dotyczący możliwości dowolnego modyfikowania parametrów przedmiotu zamówienia jest nieporozumieniem, Wykonawca jest bowiem związany minimalnymi wymaganiami Zamawiającego, i nie może zaprojektować systemu który nie spełniałby tych minimalnych wymagań. Równocześnie Wykonawca w ramach powierzonego do wykonania projektowania systemu może i winien zaproponować rozwiązania optymalne w ocenie Wykonawcy, które mogą cechować się wyższymi parametrami. Podkreślenia wymaga fakt, iż to Zamawiający określa warunki postępowania i opis przedmiotu zamówienia. Nie jest zobowiązany do zmiany swoich potrzeb i wymogów na mniej korzystne dla siebie tylko dlatego, aby umożliwić wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. To zamawiający ustala sposób, w jaki jest dla niego najbardziej odpowiednie wykonywanie usługi, robót czy dostawy i to wykonawcy są zobowiązani dostosować się do potrzeb zamawiającego, nie zaś odwrotnie. Wobec powyższego zarzuty stawiane przez odwołującego odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia oraz stosownych postanowień umowy są całkowicie bezzasadne.

Ustosunkowując się do zakwestionowanych postanowień umowy w części dotyczącej WSWOSZR Zamawiający podnosi:

1. § 2.4 - powyższa regulacja dotyczy sytuacji, gdy wykonawca zaproponował rozwiązanie o wyższych parametrach niż wymagania minimalne opisane w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej. W takim przypadku po stronie wykonawcy jest pełna odpowiedzialność za osiągnięcie przez zaoferowane Rozwiązanie wszystkich wymagań minimalnych postawionych w SST. Dlatego też, jeżeli będą konieczne zmiany i dostosowania zaoferowanego oprogramowania obsługującego System wówczas taki wykonawca zobowiązany jest je dokonać bez dodatkowego wynagrodzenia. Tym samym wszelkie ryzyko związane z zaoferowaniem rozwiązań o wyższych parametrach w stosunku do opisanych przez zamawiającego obciąża wykonawcę. Dokonane więc zastrzeżenie nie zmienia wymagań zamawiającego lecz stanowi narzędzie umożliwiające zamawiającemu wyegzekwowanie od takiego wykonawcy takich zmian w oprogramowaniu obsługującym System aby zostały spełnione wymagania minimalne w SST.

§ 4.4 - podkreślić należy, iż odbiory Systemu będą wieloetapowe, z uwagi na jego złożoność i wielość oprogramowań obsługujących ten system. W ramach poszczególnych etapów będą odbierane części systemu i obsługujących je oprogramowań, w kolejnych etapach odbiorów będą dodawane kolejne funkcjonalności objęte daną częścią Systemu co może powodować niekompatybilność z wcześniej odebrany programowaniem w danej części. Dopiero odbiór całego Systemu zakończony wdrożeniem i jego ostatecznym uruchomieniem daje możliwość potwierdzenia prawidłowego jego wykonania. Odbiory częściowe z uwagi na złożony charakter Systemu nie mogą stanowić dowodu, iż System w tej części jest ostatecznie prawidłowo wykonany, ponieważ nie obejmuje taka część całości Systemu i nie można przesądzić ostatecznie czy po zainstalowaniu następnymi częściami dokonane ustawienia oprogramowania obsługującego już odebraną część będą prawidłowe i będą gwarantowały bezusterkowe działanie Systemu. Jeżeli nie będzie to na bieżąco poprawiane przeprowadzenie procedur testowych działania takiego Systemu będzie niemożliwe i tym samym wyłączy możliwość szczegółowego sprawdzenia prawidłowości dokonanego wdrożenia. Tym samym nie jest to zapis w jakikolwiek sposób ograniczający prawa wykonawcy lecz stanowi on drogę zapewnienia prawidłowego zainstalowania i wdrożenia Systemu, co dla profesjonalnego wykonawcy nie powinno stanowić problemu. Podkreślić należy, iż odbiór jednego etapu nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, jeżeli w chwili odbioru danego etapu okaże się, iż rozwiązanie nie działa prawidłowo względem elementów będących przedmiotem poprzedniego etapu, to sytuacja taka nie może zwalniać Wykonawcy z odpowiedzialności tylko dlatego że Zamawiający odebrał dany etap. Do czasu zakończenia realizacji całego przedmiotu zamówienia Wykonawca musi na bieżąco dokonywać wszelkich prac zapewniających prawidłowe działanie przedmiotu zamówienia. Nieprawda przy tym jest iż procedury testowe będą pozwalały Zamawiającemu na dowolność, bowiem to Wykonawca odpowiada za ich opracowanie, a Zamawiający jedynie je zatwierdza (§ 4.3). Wobec powyższego wnoszę zapis umowy jest w pełni prawidłowy.

3. § 5.2 - zamawiający podkreśla, iż treść ust. 5.2. koresponduje z ust. 5.1 i nie może być interpretowana w oderwaniu od ogólnej zasady wyrażonej w § 5.1. Zgodnie z zapisem ust. 5.1. wykonawca zobowiązany jest dostarczyć rozwiązanie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, tym samym wymagania stawiane dla poszczególnych etapów mogą dotyczyć tylko wymagań opisanych w opisie przedmiotu zamówienia. W tym zakresie nie ma jakiegokolwiek dowolności po stronie zamawiającego. Zarzuty odwołującego w tym zakresie są całkowicie bezzasadne.

§ 5.6 - zamawiający podkreśla, iż przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko wdrożenie i uruchomienie Systemu ale również asystę techniczną. W ramach tej asysty zamawiający

przewiduje możliwość dokonywania modyfikacji w ilości określonej w ust. 5.7. Postanowienia ust. 5.7 określają maksymalny wymiar pracochłonności tych modyfikacji, który nie może przekroczyć 240 osobogodzin. Dlatego też wymóg wskazany w ust. 5.6 wiąże się z zastrzeżeniem zawartym w ust. 5.7. Zamawiający może więc w ramach ustalonego wynagrodzenia zlecić dowolną modyfikację, ale nie może przekroczyć 240 osobogodzin. Przekroczenie przedmiotowej liczby godzin oznacza, że zamawiający nie może bez dodatkowego wynagrodzenia zlecić innych modyfikacji.

5. § 8.4 - zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 31.01.2014 r. dokonał zmiany przedmiotowego zapisu i wskazał, iż żądanie tych modyfikacji może być wyłącznie w ramach godzin określonych w § 5 ust. 5.7. W związku (...) zarzut może być zasadny, jeżeli zostawiamy tą klauzulę i będziemy jej bronić, to do poprawienia jest definicja „Modyfikacji” bo jest nieadekwatna do treści § 8.4. Tym samym zarzut nie dotyczy istniejącego stanu faktycznego, lecz historycznego zapisu. Wobec powyższego podlega oddaleniu.

6. § 8.7 - zamawiający podnosi, iż zarzuty w tym zakresie są całkowicie bezzasadne. Zamawiający nie może dowolnie narzucić terminu wykonania modyfikacji, bowiem procedurę jej zlecenia i jej wykonania określa nie tylko § 13 i 15 WSWOSZR ale również załącznik nr 5 - zasady dostarczania modyfikacji i wprowadzania zmian. Ponadto nie wykonanie modyfikacji w wyznaczonym terminie nie przekłada się na jakieś dodatkowe roszczenia zamawiającego względem wykonawcy, np. nałożeniem kary umownej.

Opisane powyżej postanowienia umowy w części dotyczącej Systemu wiążą się z procesem jego instalacji i wdrożenia oraz świadczeniem usługi asysty technicznej. Zamawiający poprzez ich zastosowanie nie zmienia minimalnych wymagań, a jedynie wprowadza możliwość zaoferowania różnych rozwiązań, które mogą zawierać wyższe parametry niż te które opisał zamawiający. Nie zmienia to jednak podstawionego wymogu, iż taki system nie może nie spełniać minimalnych wymagań funkcjonalnych opisanych w SST. Stanowi to wyraz zapewnienia konkurencyjności i wyłączenia możliwości zaoferowania oprogramowań narzucających zastosowanie jednego systemu, który funkcjonuje u jednej ze spółek miejskich - systemu RAPID. Zamawiający tym samym chce uniknąć ustanowienia sztucznego monopolu jednego wykonawcy.”

Rozpatrując sprawę w granicach zgłoszonych zarzutów odwołania, tj. w odniesieniu do części 3 zamówienia, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi „Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód-Zachód (Retkinia - Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem - odcinki 1,2,4,5,6,7,8”

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I Instrukcja dla Wykonawców + Formularze załączników.

Tom II Akt Umowy - Warunki Kontraktu - część 1 i 2 zamówienia.

Tom III Akt Umowy - Warunki Kontraktu oraz Warunki Szczególne wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem - część 3 zamówienia.

Tom IV Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – część 1 zamówienia.

Tom V Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – część 2 zamówienia.

Tom VI Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i dokumentacja techniczna oraz Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami – część 3 zamówienia.

Załącznik do SIWZ. Harmonogram robót budowlanych związanych z realizacją inwestycji Trasa WZ.

Tom I. Instrukcja dla Wykonawców.

1. Postanowienia ogólne.

a) Przedkładając swoją ofertę przetargową Wykonawca akceptuje w całości i bez zastrzeżeń warunki realizacji zamówienia określone w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu włącznie ze wszystkimi załącznikami, jakim podporządkowane jest niniejsze zamówienie oraz wymagania określone przez Zamawiającego. (...)

c) Każdy Wykonawca może złożyć jedną ofertę na jedną dowolnie wybraną część zamówienia. (...)

f) W sprawach nieuregulowanych w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, Kodeksu cywilnego.

4. Opis przedmiotu zamówienia.

4.1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie na podstawie projektu robót budowlanych polegających na rozbudowie i modernizacji – na terenie Łodzi -trasy tramwaju w relacji Wschód-Zachód (Retkinia -Olechów) w zakresie Odcinka nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 w oparciu o "Warunki Kontraktowe dla Budowy dla robot inżynieryjno – budowlanych projektowanych przez Zamawiającego" (4. Wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008, tłumaczenie 1. wydania 1999)" wraz z kompleksowym wdrożeniem Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem tworzącego warstwę nadrzędną systemową dla poszczególnych podsystemów będących przedmiotem niniejszego wdrożenia i stanowiących systemową warstwę



podrzedną, dla których należy opracować dokumentację techniczną i uzyskać zatwierdzenie Zamawiającego. Wszystkie elementy integracyjne muszą również zostać włączone do opracowania systemowej dokumentacji technicznej Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem. Inwestycja obejmuje 7 odcinków podzielonych na trzy części:

Część 1: Zakres robót dla części 1: przebudowa i budowa torowiska tramwajowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą; przebudowę i budowę tramwajowej sieci trakcyjnej wraz z układem zasilania, przebudowę i budowę układu drogowego, przebudowę istniejących obiektów – kładka Bandurskiego, wiadukt nad torami tramwajowymi Bandurskiego, ściany oporowe Bandurskiego, przejście podziemne przy Dworcu Kaliskim, wiadukt drogowy w ciągu Al. Włókniarzy przebudowę linii energetycznych niskiego i średniego napięcia, przebudowę i budowę oświetlenia ulicznego wraz z zasilaniem oraz systemem sterowania i monitoringu, przebudowę i budowę systemu odwodnienia (kanalizacja deszczowa) wraz z odwodnieniem torowiska, przebudowę sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i ogólnospławnej, przebudowę i zabezpieczenie sieci gazowej wysokoprężnej, średnioprężnej i niskoprężnej, przebudowę i zabezpieczenie sieci ciepłowniczych, przebudowę urządzeń teletechnicznych, roboty konstrukcyjno – budowlane (przebudowę istniejących stacji prostownikowych trakcyjnych), zieleń.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Tomie IV SIWZ Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

Część 2: Zakres robót dla części 2: przebudowa i budowa torowiska tramwajowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą; przebudowę i budowę tramwajowej sieci trakcyjnej wraz z układem zasilania, przebudowę i budowę układu drogowego, budowę obiektów inżynierskich (wiadukt ul. Gogola) oraz przebudowę istniejących obiektów (przejście podziemne przy ul. Targowej, Konstytucyjnej, Widzewska, Rokicińska, Augustów), przebudowę linii energetycznych niskiego i średniego napięcia, przebudowę i budowę oświetlenia ulicznego wraz z zasilaniem oraz systemem sterowania i monitoringu, przebudowę i budowę systemu odwodnienia (kanalizacja deszczowa) wraz z odwodnieniem torowiska, przebudowę sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i ogólnospławnej, przebudowę i zabezpieczenie sieci gazowej wysokoprężnej, średnioprężnej i niskoprężnej, przebudowę i zabezpieczenie sieci ciepłowniczych, przebudowę urządzeń teletechnicznych, roboty wyburzeniowe, roboty konstrukcyjno – budowlane (przebudowę istniejących stacji prostownikowych trakcyjnych), zieleń.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Tomie V SIWZ Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

Część 3: Zakres odcinka 8 Obszarowy System Zarządzania Ruchem.

Głównym elementem systemowym Projektu Odcinka 8 jest kompleksowe wdrożenie Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem tworzącego warstwę nadrzędną systemową dla poszczególnych podsystemów będących przedmiotem niniejszego wdrożenia i stanowiących systemową warstwę podrzędną, dla których należy opracować dokumentację techniczną i uzyskać zatwierdzenie Zamawiającego. Wszystkie elementy integracyjne muszą również zostać włączone do opracowania systemowej dokumentacji technicznej Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem.

Dostępna jest dokumentacja techniczna stanowiąca minimalne wymagania projektowe w określonych w nich zakresach, która może zostać wykorzystana do budowy poszczególnych elementów w niej określonych, jak również może stanowić minimalne warunki do dalszego wykorzystania w ramach wdrożenia poszczególnych prac. W skład tej istniejącej dokumentacji technicznej zawierają się:

- Kanalizacja dla potrzeb Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem;
- Dokumentacja techniczna kanalizacji teletechnicznej;
- Szczegółowe specyfikacje techniczne;
- Projekty ruchowe (zostaną przekazane Wykonawcy po podpisaniu Umowy);
- Dokumentacja techniczna projekty ruchowe dla skrzyżowań;
- Szczegółowe specyfikacje techniczne;
- Projekty elektryczne;
- Dokumentacja techniczna Instalacja sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniach;
- Dokumentacja techniczna Zasilanie tablic informacji pasażerskiej na przystankach tramwajowych;
- PBW przyłączy energetycznych;
- Szczegółowe specyfikacje techniczne;
- Sieć teleinformatyczna;
- Koncepcja sieci transmisji danych – topologia sieci transmisji danych;
- Konstrukcje dla tablic zmiennej treści;
- Projekt budowlany Konstrukcje dla tablic zmiennej treści;
- Projekt Centrum Sterowania Ruchem; dokumentacje techniczne.

W skład realizacji Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem wchodzi następujące elementy podsystemów:

- Realizacja Obszarowego Systemu Sterowania Ruchem,
- Realizacja Systemu Informacji dla kierowców,
- Realizacja Systemu Informacji Mobilnych,
- Realizacja Systemu Dynamicznej Informacji Przystankowej,
- Realizacja Systemu Zarządzania Transportem Publicznym,

- Realizacja Systemu monitoringu wideo CCTV i ANPR,
- Realizacja Systemu Łączności,
- Realizacja elementów zasilania,
- Realizacja Systemu GIS,
- Integracja systemu SCADA dla tunelu,
- Adaptacja pomieszczeń Centrum Zarządzania Ruchem oraz doposażenie w urządzenia Systemowe.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Tomie VI SIWZ Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i dokumentacja techniczna oraz Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami.

4.3. W ramach zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany m.in. do:

- a) Kompleksowego zrealizowania robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową zgodnie ze sztuką budowlaną oraz przepisami technicznymi.
- b) Wykonania tymczasowej organizacji ruchu oraz jej utrzymania przez cały okres realizacji zamówienia w oparciu o dokumentację projektową z uwzględnieniem możliwości wprowadzenia zmian według wytycznych Zarządcy Drogi.
- c) W przypadku zaistnienia takiej konieczności – pozyskania zgody osób fizycznych /prawnych innych podmiotów, na czasowe zajęcie terenu celem wykonania prac budowlanych.
- d) Sporządzenia inwentaryzacji i dokumentacji powykonawczej.
- e) Uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Dla części 3 zamówienia: kody CPV:

- 45233150-5 Roboty w zakresie regulacji ruchu,
- 45316210-0 Instalowanie urządzeń kontroli ruchu drogowego,
- 71320000-7 Usługi inżynierskie w zakresie projektowania,
- 71247000-1 Nadzór nad robotami budowlanymi,
- 45233120-6 Roboty w zakresie budowy dróg,
- 45311000-0 Roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych,
- 45314300-4 Instalowanie infrastruktury okablowania'
- 34928400-2 Osprzęt miejski,
- 45300000-0 Roboty instalacyjne w budynkach,
- 51610000-1 Usługi instalowania urządzeń komputerowych i przetwarzania informacji,
- 72240000-9 Usługi analizy systemu i programowania,
- 80510000-2 Usługi szkolenia specjalistycznego

4.8. Zamówienia uzupełniające. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa do udzielania z wolnej ręki zamówienia uzupełniającego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do 50 % wartości zamówienia podstawowego.

5. Termin wykonania zamówienia.

a) Wykonawca zobowiązany jest wykonać każdą z części zamówienia w terminie: do 31 października 2015 r.

b) Zamówienie będzie realizowane zgodnie z harmonogramem opracowanym przez Wykonawcę i zatwierdzonym przez Zamawiającego.

11. Opis sposobu przygotowania ofert.

11.1. Wymagania ogólne dotyczące całości oferty:

11.2. Opis sposobu przygotowania oferty technicznej – dotyczy części 3 zamówienia (odcinek 8).

Opis przygotowania Oferty Technicznej należy powiązać bezpośrednio z wymaganiami SIWZ. Na rysunku 1. zobrazowane jest schematyczne ujęcie głównych elementów Systemu Obszarowego Zarządzania Ruchem-Systemu, które podlegają wdrożeniu. Oferta Techniczna musi zawierać opisy techniczne przynajmniej w podziale na trzy części opisowe oraz zawierające następujące elementy Systemu odpowiadające wymaganiom Zamawiającego:

- Wydzielona część opisowa dedykowana dla szczegółowego opisu rozwiązań aplikacyjnych stanowiących warstwę systemu nadrzędnego integrującego poszczególne podsystemy wymagane w Tomie VI SIWZ Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i dokumentacja techniczna oraz Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami. Należy opisać nazwy producentów poszczególnych rozwiązań aplikacji systemowych oraz ich nazwy handlowe jak również poszczególne ich powiązania w ramach oferowanych otwartych standardów wymiany danych. Należy opisać przynajmniej elementy z tych, które zostały zobrazowane na rysunku 1, w tym opisy Systemu Obszarowego Zarządzania Ruchem;  
Systemu Obszarowego Sterowania Ruchem;  
Systemem Informacji dla kierowców VMS,  
Systemu Informacji Mobilnych,  
Systemu Łączności, Systemem Dynamicznej Informacji Przystankowej,  
Systemu Zarządzania Transportem Publicznym,  
Systemu CCTV oraz systemu ANPR.

Wymagane są do dołączenia schematy obrazujące logikę współdziałania podsystemów w warstwach systemu nadrzędnego SOZR-systemie GIS. Należy zamieścić w formie

tabelarycznej opisy protokołów i standardy wymiany danych z przypisaniem do dedykowanym im rozwiązaniom Systemowym.

Wszystkie opisywane oferowane rozwiązania muszą spełniać wymagania Tomu VI SIWZ Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i dokumentacja techniczna oraz Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami.

- Wydzielona część opisowa dedykowana dla szczegółowego opisu rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych stanowiących warstwę systemu nadrzędnego integrującego poszczególne podsystemy wymagane w Tomie VI SIWZ Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i dokumentacja techniczna oraz Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami. Należy opisać nazwy producentów poszczególnych rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych dedykowanych do pracy w ramach systemu oraz ich nazwy handlowe jak również poszczególne ich powiązania w ramach otwartych standardów wymiany danych. Opisy protokołów oraz standardów wymiany danych należy opracować je w formie tabelarycznej z określeniem dedykowanych im rozwiązań Systemowych. Należy opisać przynajmniej elementy dla rozwiązań sprzętowych powiązanych z Systemem Obszarowego Zarządzania Ruchem w warstwie nadrzędnej oraz z Systemem Sterowania Ruchem, Systemem Informacji dla kierowców, Systemu Informacji Mobilnych, Systemem Łączności, Systemem Dynamicznej Informacji Przystankowej, Systemem CCTV oraz systemem ANPR. Należy przynajmniej opisać rozwiązania dla sterowników ruchu drogowego, tablic o zmiennej treści/znaków VMS, kamer, detekcji, urządzeń aktywnych i medium transmisji systemu łączności, tablic informacji przystankowej, komputerów pokładowych, urządzeń nadawczo - odbiorczych do komunikacji z pojazdami komunikacji publicznej oraz do sterowania zwrotnicami, jak również urządzeń wyposażenia Centrum Zarządzania Ruchem w tym ściany graficznej, stanowisk operatorskich, serwerowni. Wymagane są do dołączenia schematy obrazujące logikę współdziałania z opisami protokołów i standardów wymiany danych w ramach Systemu i rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych. Wszystkie opisywane oferowane rozwiązania muszą spełniać wymagania Tomu VI SIWZ Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i dokumentacja techniczna oraz Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami.

- Wydzielona część opisowa dedykowana dla szczegółowego opisu Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem w tym zawierający opis interfejsu graficznego systemu GIS oraz powiązań interfejsów poszczególnych podsystemów, zgodnie z rysunkiem 1. Należy również zaprezentować w sposób graficzny przynajmniej po trzy zróżnicowane „zrzuty ekranu” dla przykładowych okien tematycznych obrazujące obszar miasta i aktywne elementy

systemowe. Należy zobrazować w powiązaniu z przykładową mapą obszary skrzyżowań oraz parametrów i lokalizację grup sygnalizacyjnych, detekcji ruchu, układy faz oraz tematyczne okna konfiguracyjne. Wszystkie opisywane oferowane rozwiązania muszą spełniać wymagania Tomu VI SIWZ Dokumentacja projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i dokumentacja techniczna oraz Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami.

Rysunek 1. Zobrazowanie schematyczne głównych elementów Systemu Obszarowego Zarządzania Ruchem - Systemu.

12. Zawartość oferty - Oferta musi zawierać:

12.1. Formularz Oferty – wypełniony zgodnie z Formularzem Nr 1

12.2. Wykaz Płatności – wypełniony zgodnie z Formularzem Nr 2a – dla części 1, Formularzem 2b – dla części 2, Formularzem 2c – dla części 3.

14.1. Ofertę o treści zgodnej z niniejszą SIWZ należy złożyć w Zarządzie Dróg i Transportu (...) w nieprzekraczalnym terminie do dnia 25.02.2014 roku, godz. 12:00.

16. Opis sposobu obliczenia ceny.

16.1. Cenę oferty należy obliczyć na Wykazach Płatności stanowiących Formularze nr 2a – 2c, a następnie cenę oferty wpisać na formularzu oferty - Formularz Nr 1 liczbowo. Cena musi zawierać dane o podatku VAT oraz stanowi ona wynagrodzenie ryczałtowe.

16.2. Cena oferty jest sumą cen ryczałtowych brutto wszystkich pozycji wyszczególnionych w Formularzach nr 2a – 2c.

16.3. Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w Wykazie Płatności. Brak wypełnienia i określenia wartości w każdej pozycji oraz dokonywanie zmian w treści formularza spowoduje odrzucenie oferty za wyjątkiem omyłek, o których mowa w rozdziale 19.3 pkt. 19.3.1. ppkt c).

Wykonawca nie może wprowadzić zmian do Wykazu Płatności.

16.4. Obliczona przez Wykonawcę cena oferty winna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie Wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej SIWZ oraz dokumentacji projektowej, STWiORB i Opisie Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający zaleca dokonanie wizji lokalnej terenu budowy.

18.2. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie kryteria: i. cena = 90% ii. okres gwarancji i rękojmi na roboty budowlane = 10%

25.7. Wybrany Wykonawca w dacie podpisania Kontraktu zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu Kosztorysy Ofertowe Szczegółowe, opracowane na podstawie własnego Zestawienia Planowanych Prac. Kosztorysy należy opracować na podstawie Publikacji Stowarzyszenia Kosztorystantów Budownictwa Pt. „Polskie Standardy Kosztorysowania Robót Budowlanych” pkt. 3.2 – Metoda szczegółowa kalkulacji kosztorysowej. Obowiązek złożenia tego dokumentu nie skutkuje zmianą charakteru wynagrodzenia umownego, które stanowi wynagrodzenie ryczałtowe. Przedmiotowy dokument ma charakter pomocniczy i jest wymagany dla analizy wartości w przypadkach określonych w Warunkach Kontraktu.

28. Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy (...)

28.1. Wszystkie istotne postanowienia umowy zawarte zostały w załączonym do SIWZ wzorze warunków Kontraktu: w Tomie II „Akt Umowy - Warunki Kontraktu - część 1i2 zamówienia” oraz w Tomie III „Akt Umowy - Warunki Kontraktu oraz Warunki Szczególne wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem - część 3 zamówienia”.

28.2. Wykonawca składając ofertę oświadcza na formularzu oferty, że akceptuje postanowienia Kontraktu.

Spis formularzy:

Formularz Nr 1 Formularz Oferty,

Formularz Nr 2a; Formularz nr 2b, Formularz nr 2c (Wykaz Płatności dla części 1, Wykaz Płatności dla części 2, Wykaz Płatności dla części 3)

Dane Kontraktowe – część 1 i 2

Dane Kontraktowe – część 3

Formularz Nr 1 Formularz Oferty, III. Deklaracja Wykonawcy:

W odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu nieograniczonym dla w/w zamówienia: My, niżej podpisani, niniejszym oświadczamy, co następuje:

Zapoznaliśmy się i w pełni oraz bez żadnych zastrzeżeń akceptujemy treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej w dalszej treści SIWZ, wraz z wyjaśnieniami i zmianami.

W pełni i bez żadnych zastrzeżeń akceptujemy warunki Kontraktu na wykonanie zamówienia zapisane w SIWZ.

Oferujemy wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zapisanymi w SIWZ, obowiązującymi przepisami, w terminie: do 31 października 2015r.

Formularz Nr 2c Wykaz płatności część 3 – Odcinek 8

Składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód-Zachód (Retkinia-Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem -odcinki 1,2,4,5,6,7,8” Część 3

(...) Oferuję/my \*wykonanie zamówienia zgodnie z poniższymi ryczałtowymi cenami jednostkowymi:

Lp. Wyszczególnione elementy Cena ryczałtowa brutto

A. Roboty budowlane x

1. Adaptacja pomieszczeń Centrum Zarządzania Ruchem (CZR) oraz wyposażenie pomieszczeń CZR.

2. Modernizacja skrzyżowań zgodnie z Instrukcją oraz załączoną dokumentacją projektową i uruchomienie skrzyżowań do ruchu lokalnego -pracy awaryjnej SOSR, w tym: odcinki od 3 do 228.

229. Budowa tablic o zmiennej treści, znaków VMS.

230. Budowa urządzeń sensorycznych ANPR.

231. Budowa urządzeń sensorycznych CCTV.

232. Budowa Systemu Łączności Przewodowej.

233. Budowa tablic informacji przystankowej.

B. Opracowanie dokumentacji technicznej OSZR SOSR do zatwierdzenia w fazie wdrożenia.

1. Dokumentacja techniczna Systemu Obszarowego Zarządzania Ruchem – integracji wszystkich Podsystemów w ramach otwartych standardów wymiany danych dla miasta Łodzi jak również powiązania z Podsystemem Łączności Przewodowej w tym systemie SCADA, System GIS.

2. Dokumentacja techniczna Podsystemu Obszarowego Sterowania Ruchem.

3. Dokumentacja techniczna Podsystemu Informacji dla kierowców.

4. Dokumentacja techniczna Podsystemu Informacji Mobilnych.

5. Dokumentacja techniczna Podsystemu CCTV.

6. Dokumentacja techniczna Podsystemu Zarządzania Transportem Publicznym.

7. Dokumentacja techniczna Podsystemu dynamicznej Informacji Przystankowej.

8. Dokumentacja techniczna Podsystemu ANPR.

9. Dokumentacja techniczna wyposażenia oraz integracji w ramach Centrum Zarządzania Ruchem.

10. Dokumentacja techniczna - strategia sterowania ruchem systemowego, kalibracja, optymalizacja, uruchomienie do ruchu.

11. Dokumentacja badań wskaźników efektywności pracy SOSR.

C. Wdrożenia i implementacje rozwiązań OSZR-SOSR wraz z Podsystemami x.



1. Wdrożenia i implementacje rozwiązań Podsystemu Obszarowego Sterowania Ruchem.
2. Wdrożenia i implementacje rozwiązań Podsystemu Podsystemu Informacji dla kierowców.
3. Wdrożenia i implementacje rozwiązań Podsystemu Infomarcji Mobilnych.
4. Wdrożenia i implementacje rozwiązań Podsystemu Podsystemu CCTV.
5. Wdrożenia i implementacje rozwiązań Podsystemu Zarządzania Transportem Publicznym.
6. Wdrożenia i implementacje rozwiązań Podsystemu Informacji Przystankowej.
7. Wdrożenia i implementacje rozwiązań Podsystemu Podsystemu ANPR.
8. Wdrożenia i implementacje rozwiązań integracji w ramach Centrum Zarządzania Ruchem -uruchomienie systemu do ruchu - Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem w tym systemu SCADA, System GIS.
9. Koszty prac utrzymania sygnalizacji świetlnych w okresie realizacji Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem.

Łączna cena ofertowa brutto: (...)

Formularz nr 10b Dane Kontraktowe Część 3

Wykonawcy są proszeni o wypełnienie w niniejszym Formularzu jedynie: Nazwy (firmy) i adresu Wykonawcy oraz okresu rękojmi i gwarancji na roboty budowlane. Pozostałe elementy nie podlegają zmianom. Klauzule Warunków Ogólnych Kontraktu lub Warunków Szczególnych lub Akt Umowy

Czas na Ukończenie przedmiotu Kontraktu §4 ust. 1 Aktu Umowy 31.10.2015 r. z zachowaniem terminów pośrednich,

Czas na Ukończenie Robót 1.1.3.3 8.2 - 31.10.2015 r. z zachowaniem terminów pośrednich,

Czas na wykonanie Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem § 9 Warunków Szczególne wykonania Obszarowego Zarządzania Ruchem - 31.10.2015 r. z zachowaniem terminów pośrednich dla poszczególnych Etapów.

Okres rękojmi na Roboty 11.1.1 Wygasa po upływie ..... lat (nie mniej niż 3 lata) od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia.

Okres gwarancji na Roboty 11.1.5 lat (nie mniej niż 3 lata) licząc od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia. Okres gwarancji na Produkty i System oraz całość sprzętu dla centrum sterowania ruchem § 13, § 15 Warunków Szczególnych wykonania Obszarowego Zarządzania Ruchem 60 miesięcy licząc od daty podpisania Końcowego Protokołu Przejęcia Inwestycji w zakresie Produktów i Systemu 24 miesiące licząc od daty podpisania Końcowego Protokołu Przejęcia Inwestycji w zakresie Sprzętu.

Czas przekazania Placu Budowy 2.1 Zgodnie z harmonogramem, w przypadku zaistnienia przeszkód terenowo-prawnych w wydaniu niektórych części Placu budowy Zamawiający przekaże tą część niezwłocznie po usunięciu stwierdzonych przeszkód.

Okres na powiadomienie o wszelkich błędach lub innych wadach znalezionych w Wymaganiach Zamawiającego 4.1.11 Na 7 dni przed planowanym w Harmonogramie terminem rozpoczęcia tej części Robót, której wada lub inna przeszkoda dotyczy.

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 381 375 530,55 zł.

Odwołujący Integrated Solutions Sp. z o.o. podał w uzasadnieniu odnośnie zarzutów z pkt 1 i 2 petitum, jak niżej.

1. Naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

2. Naruszenia art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ustawy Pzp oraz art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień skutkujących istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania robót budowlanych w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W wyroku z dn. 31 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 136/12), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: *„Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.”*

Opis przedmiotu zamówienia stanowi, bowiem podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia, co w konsekwencji warunkuje wybór trybu postępowania i odpowiedniej procedury. Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Ustawa Pzp zobowiązuje też zamawiającego do podania wszelkich niezbędnych informacji i wymagań, co

do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń.

Niezależnie od zawartych w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp obowiązków zamawiającego przy określaniu przedmiotu zamówienia, ustawa Pzp wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ma za zadanie opisać przedmiot zamówienia tak, aby umożliwić prawidłowe zrozumienie postawionych wymagań przez wykonawców i złożenie ofert zgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Istotne jest, aby opis przedmiotu zamówienia nie budził wątpliwości i nie mógł utrudniać uczciwej konkurencji. W przypadku zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumenty te służą do określenia zakresu świadczenia, jakie wykonawcy będą zobowiązani zrealizować w ramach wykonania zamówienia publicznego.

Zakres dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych jest określony w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Zgodnie z § 4 ust. 1 tego rozporządzenia dokumentacja projektowa służy do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, i która składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych,
- 2) projektów wykonawczych, które powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych; projekty wykonawcze sporządza się w zakresie wynikającym z § 5 rozporządzenia,
- 3) przedmiaru robót, który powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

W ocenie odwołującego, brak jakiegokolwiek z wymogów określonych w rozporządzeniu stanowi naruszenie zasad opisywania przedmiotu zamówienia. Ważne jest

bowiem, aby przedmiot ten był opisany w oparciu o dokumenty wymienione w ww. rozporządzeniu i art. 31 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe do opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, odwołujący stwierdził, iż zamawiający naruszył zasady opisu przedmiotu zamówienia określone w przepisach ustawy Pzp. Przekazał wykonawcom dokumentację projektową, a jednocześnie w klauzuli 1.13 lit. c) i d) oraz 4.1.13 projektu umowy (szczególne warunki kontraktu) przewidział wprowadzenie zmian do tejże dokumentacji projektowej - stanowiącej opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, nie określając przy tym zakresu możliwych do wprowadzenia zmian, jak również warunków dokonania zmian. Takie działanie narusza dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a to z uwagi na naruszenie obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Postanowienia wprowadzające możliwość dokonania zmiany pierwotnej dokumentacji projektowej - nie precyzujące zakresu takich zmian, okoliczności uzasadniających ich wprowadzenie, jak również warunków dokonania zmian, mają ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane - przekazany przez zamawiającego - jest niejednoznaczny i nie wyczerpujący. Wykonawca składając ofertę nie może precyzyjnie ustalić, jaki konkretny zakres robót budowlanych będzie zobowiązany wykonać, a tym samym nie jest w stanie oszacować kosztów wykonania tych robót. Nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia na etapie opracowania specyfikacji, niepozwalające na ustalenie obowiązków wykonawcy, ma ten skutek, że nie można oznaczyć świadczenia wykonawcy. Nie wiadomo wobec tego, czego może domagać się w ramach umowy zamawiający, ani do czego zobowiązany jest wykonawca.

Odwołujący podkreślał, że wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych ma charakter ryczałtowy. Postanowienia klauzuli 1.13 lit. c) i d) projektu umowy zastrzegają, iż jakakolwiek zmiana pierwotnej dokumentacji projektowej, na podstawie której wykonawca składa ofertę - nie może skutkować zmianą wynagrodzenia wykonawcy ustalonego na podstawie ceny ofertowej. Takie warunki odwołujący uznał za sprzeczne z formułą wynagrodzenia ryczałtowego. Niezmiennność wysokości wynagrodzenia ryczałtowego nie ma charakteru bezwzględnie. Wynagrodzenie to ustalone jest w określonej kwocie - nie ulegającej zmianie w trakcie wykonywania dzieła - w odniesieniu do konkretnego dzieła i zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła. Jest ono niezmiennie, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. A skoro tak, zmiana zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła odnosi ten skutek, że odpada podstawa określenia pierwotnego wynagrodzenia (ryczałtowego). Skoro, bowiem przyjmujący zamówienie ma wykonać dzieło w innym kształcie czy w inny sposób niż pierwotnie ustalony,

wynagrodzenie z tego tytułu nie może pozostać bez zmian. Sformułowania klauzuli 1.13 lit. c) i d) oraz 4.1.13 projektu umowy naruszają również art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, skutkują bowiem istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie. Wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, powinien być zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Temu opisowi powinna odpowiadać oferta (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp), która może zawierać jedynie zapewnienie zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem podanym przez zamawiającego.

Istotą przepisu art. 140 ust. 1 ustawy Pzp jest zapewnienie jedności zobowiązania umownego z zobowiązaniem ofertowym. Dla zamawiającego oznacza to, że opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie przede wszystkim, co do zakresu tej umowy. Przy czym przez pojęcie zakresu świadczenia należy rozumieć jego wymiar, wielkość. Z przepisu art. 140 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zmian rozszerzających czy też zmieniających w inny sposób zakres umowy nie wolno wprowadzać zarówno przed podpisaniem umowy, jak i w trakcie jej realizacji. Postanowienia klauzuli 1.13. lit. c) i d) oraz 4.1.13 uznał odwołujący za niedopuszczalne w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zakazane jest dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że możliwość dokonania zmian została przez zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił on warunki takiej zmiany. Zasadniczo zmiany te mogą odnosić się do wszystkich postanowień umowy, jednakże niedopuszczalne jest w oparciu o dyspozycję tego przepisu dokonywanie zmian w zakresie przedmiotu zamówienia skutkujących wykroczeniem poza jego pierwotny opis (art. 140 ust. 3 ustawy Pzp).

**Żądania 1 i 2.** Odwołujący wnosil o nakazie zamawiającemu wykreślenia kwestionowanych postanowień Warunków Szczegółowych Kontraktu oraz Warunków Szczegółowych Wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem, a także wszelkich innych postanowień w całej dokumentacji przetargowej, pozwalających na dowolną modyfikację wymagań OPZ i zmiany zakresu świadczenia wykonawcy.

**Stanowisko zamawiającego:**

Zamawiający potwierdził, że klauzule 1.13 lit. c i d warunków szczególnych kontraktu oraz 4.1.13 odnoszą się do robót budowlanych według dokumentacji przekazanej przez zamawiającego. Zamawiający przyznał, że wymaga, aby wykonawca zgłaszał mu niezgodności i błędy w projekcie na 7 dni przed rozpoczęciem realizacji danego etapu robót. Jeżeli tego nie uczyni, to zarówno koszty wykonania dokumentacji – poprawionej, jak i koszty

robót obciążają wykonawcę, jak również skutki przedłużenia terminu realizacji robót. Zamawiający przyznał, że w OPZ nie uczynił przedmiotem tego opisu, że wykonawca ma dokonywać weryfikacji projektu. Zamawiający potwierdził, że w sytuacji, kiedy wykonawca nie zweryfikuje projektu przed przystąpieniem do danego etapu robót i nie zgłosi mu wad dokumentacji projektowej w oznaczonym terminie, w razie ujawnienia wad tej dokumentacji wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia ani finansowe związane, czy z przeprojektowaniem i zmianą zakresu robót, ani też roszczenia o przedłużenie terminu realizacji umowy w związku ze zmianą projektu. Zamawiający podtrzymał twierdzenie, że klauzula 1.13 lit. c i d oraz klauzula 4.1.13 warunków szczególnych kontraktu na roboty budowlane nie nakłada na wykonawcę obowiązku realizacji prac nieobjętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający podał, że klauzula 1.13 lit. c dotyczy obowiązku sygnalizowania przez wykonawcę uchybień, natomiast klauzula 1.13 lit d odnosi się do kompatybilności tej dokumentacji z dokumentacją opracowywaną przez wykonawcę w zakresie OSZR, i gdy dojdzie do tego, że ze względu na wymagania dokumentacji OSZR będą dokonywane zmiany w dokumentacji robót budowlanych, to nie może to stanowić podstawy do roszczeń finansowych, nawet jeżeli będą to zmiany zaakceptowane przez zamawiającego. Zamawiający powołał się również na postanowienia § 1 ust. 3 aktu umowy, że jeżeli wykonawca uznaje, że dla należytego wykonania umowy konieczne są zmiany w dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej – odcinek 8, zobowiązany jest do wykonania we własnym zakresie i na własny koszt tych zmian, po uprzednim zaakceptowaniu tych zmian przez zamawiającego.

#### **Stanowisko Izby:**

Okoliczność przyznaną stanowiło, że zamawiający przekazał wykonawcom dokumentację projektową dla wykonania robót budowlanych. Przekazał też dokumentację projektową w odniesieniu do Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem, ale wiążącą jedynie w zakresie wyznaczonych parametrów minimalnych. Dokumentację w tym zakresie (OSZR) ma opracować wykonawca. W klauzuli 1.13 lit. c) i d) Warunki szczególne kontraktu oraz 4.1.13 szczególne warunki kontraktu zamawiający przewidział:

- a) klauzula 1.13 lit. c - jeżeli zaistnieje potrzeba wprowadzenia istotnych zmian do dokumentacji projektowej (ze zmianą pozwolenia na budowę, lub bez) to wówczas zamawiający odpowiada za dostarczenie niezbędnej dokumentacji projektowej, o ile potrzeba lub przyczyna tej zmiany leży po jego stronie. Jeżeli potrzeba lub przyczyna wprowadzenia istotnych zmian do dokumentacji projektowej leży po stronie wykonawcy, to wówczas odpowiada on za niezwłoczne powiadomienie zamawiającego o potrzebie opracowania takiej dokumentacji, a następnie wykonawca - wedle wyboru zamawiającego, jeżeli uzna on lub zaakceptuje

konieczność zmiany - odpowiada za sporządzenie i dostarczenie na własny koszt niezbędnej zamiennej dokumentacji projektowej, która winna być uprzednio zatwierdzona przez zamawiającego, lub też za pokrycie kosztów poniesionych przez zamawiającego w związku z pozyskaniem tej dokumentacji, za wyjątkiem punktu d.

- b) klauzula 1.13 lit d – wykonawca jest zobowiązany do wprowadzenia na własny koszt i własnym staraniem niezbędnych zmian do dokumentacji projektowej, jeżeli powyższa konieczność lub potrzeba powstała w związku z opracowanym przez wykonawcę projektem Obszarowego Systemu Sterowania Ruchem, o ile zamawiający zaakceptował takie zmiany. Całość czynności związanych z zapewnieniem zgodności i spójności wykonania robót budowlanych z systemem obszarowego zarządzania ruchem leży po stronie wykonawcy i nie może stanowić podstawy do roszczeń finansowych i terminowych w stosunku do zamawiającego.
- c) 4.1.13 wykonawca oświadcza, że zmiany dokumentacji projektowej wprowadzone w ramach subklauzuli 1.13 lit. d będą wykonywane w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej i będą możliwe po uprzednim zaakceptowaniu przez zamawiającego oraz nie będą zawierały jakichkolwiek rozwiązań, które mogą skutkować pogorszeniem parametrów jakościowych i funkcjonalnych robót budowlanych wynikających z dokumentacji projektowej przedstawionej przez zamawiającego.

W ocenie Izby, skarżone postanowienia klauzuli 1.13 lit. c naruszają wskazane przez odwołującego przepisy art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 31 tej ustawy oraz poprzez art. 139 ust. 1 Pzp art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego w zakresie, w jakim pozwalają zamawiającemu na wprowadzanie dowolnych zmian do dokumentacji na roboty budowlane bez określenia w danej klauzuli lub też odesłania do klauzuli podającej zasady rozliczeń z tego tytułu i określającej uprawnienie wykonawcy do żądania stosownego przedłużenia czasu realizacji zamówienia. Przy czym zamawiający nie może wprowadzać takich ograniczeń, że wynagrodzenie należy się tylko wówczas wykonawcy, gdyby groziło to poniesieniem straty według subklauzuli 13.1.1.4, gdzie przewidział możliwość korekty terminu, jak i rozliczenia kosztów tych zmian, ale wówczas, jeżeli oznaczałyby po stronie wykonawcy powstanie szkody pozostającej w związku ze zmianami. Wykonawca podejmuje się realizacji zamówienia, aby osiągnąć zakładany na kontrakcie zysk.

Izba w pełni podziela poglądy odwołującego, że niezmiennosc wysokości wynagrodzenia ryczałtowego nie ma charakteru bezwzględnej. Wynagrodzenie to ustalone jest w określonej kwocie - nie ulegającej zmianie w trakcie wykonywania dzieła - w odniesieniu do konkretnego dzieła i zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła określonych dokumentacją projektową na roboty budowlane. Jest ono niezmiennie, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Zmiana zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła zarządzana przez zamawiającego odnosi ten skutek, że odpada podstawa określenia pierwotnego wynagrodzenia (ryczałtowego). Skoro, bowiem przyjmujący zamówienie ma wykonać dzieło w innym kształcie czy w inny sposób niż pierwotnie ustalony, wynagrodzenie z tego tytułu nie może pozostać bez zmian.

Tylko wówczas, gdy wykonawca z pominięciem opisu przedmiotu zamówienia nie ujął w oszacowaniu ceny oferty koniecznych elementów – nie ma prawa domagać się podwyższenia wynagrodzenia z tego tytułu.

Jeżeli w dokumentacji na roboty budowlane przekazanej przez zamawiającego w zakresie części 3 ujawnią się różnego rodzaju wady, usterki lub też luki, to w sytuacji, ich niezwłocznego zgłoszenia po ujawnieniu, stosownie do art. 651 K.c., w zależności od skutków tych wad, mogą zachodzić podstawy do dodatkowych rozliczeń z tego tytułu, jeżeli prowadziłyby to do wykonania szerszego lub innego niż pierwotnie objętego dokumentacją zakresu prac, a także do udzielenia stosownego czasu na dokonanie takich zmian. Żądanie zawiadomienia o ujawnionych wadach na 7 dni przed terminem rozpoczęcia danej części robót nie znajduje normatywnego wsparcia w art. 647 K.c., gdyż wykonawca ma wykonać obiekt zgodnie z projektem dostarczonym przez zamawiającego. Z tytułu skutków wad w dokumentacji, zamawiający może zgłaszać roszczenia do projektanta.

W zakresie, w jakim, potrzeba wprowadzenia istotnych zmian do dokumentacji projektowej na wykonanie robót budowlanych następuje na wniosek wykonawcy (nie uwzględniając zgłoszonych wad tej dokumentacji) - wówczas zgoda zamawiającego na odstąpieniu od dokumentacji pierwotnej może się wiązać z przewidzeniem obowiązku po stronie wykonawcy opracowania takiej dokumentacji zamiennej na jego koszt, co w pewnych sytuacjach może nawet skutkować zaoszczędzeniem kosztów realizacji robót w ramach zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, lub rozliczeniami robót zamiennych. Wymóg wpisuje się w dyspozycję art. 144 ust. 1 Pzp, gdyż właśnie poprzez skarżone postanowienia zamawiający wypełnia przesłanki ustawowe, tj. podaje warunki wprowadzenia istotnych zmian do umowy.

Zamawiający w ogólności nie może być pozbawiony możliwości wprowadzania zmian do zakresu zamówienia, gdy warunkuje to osiągnięcie zakładanych celów danej inwestycji. Nie w każdym wypadku konieczne jest korzystanie z zamówień uzupełniających, czy zamówień dodatkowych obwarowanych spełnieniem odrębnych przesłanek ustawowych.

Wykonawca składając oświadczenie w ofercie, że akceptuje warunki SIWZ (w tym do zmian dokumentacji i związanego z tym zakresu robót) i czyni je przez to przedmiotem swojej oferty, zatem w przypadkach przewidzianych w SIWZ zmian, nie dochodzi do



naruszenia art. 140 ust. 1 i 3 Pzp i art. 144 Pzp, gdyż zakres świadczenia wykonawcy pozostaje tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie .

Biorąc jednak pod uwagę ustalone okoliczności – niejednoznaczności skarżonych postanowień i możliwość ich dowolnej interpretacji, zamawiający będzie zobowiązany w sposób czytelny określić w treści danego postanowienia, lub przez wyraźne odesłanie – zasady rozliczeń z ww. tytułów.

Sytuacja opisana w klauzuli 1.13 lit d, jest o tyle odmienna, że dotyczy prac i systemu projektowanego przez wykonawcę. Wykonawca jest zobowiązany do wprowadzenia na własny koszt i własnym staraniem niezbędnych zmian do dokumentacji projektowej robót budowlanych (przekazanej przez zamawiającego), jeżeli powyższa konieczność lub potrzeba powstała w związku z opracowanym przez wykonawcę projektem Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem.

W ocenie Izby, trafne jest stanowisko zamawiającego, iż całość czynności związanych z zapewnieniem zgodności i spójności wykonania robót budowlanych z systemem obszarowego zarządzania ruchem leży po stronie wykonawcy i nie może stanowić podstawy do roszczeń finansowych i terminowych w stosunku do zamawiającego przeprojektowanie tej dokumentacji na wniosek wykonawcy. W tym zakresie, bowiem zamówienie ma charakter „zaprojektuj i zbuduj.” Trudno więc sobie wyobrazić, aby zamawiający mógł odstąpić od żądania spójnej dokumentacji – na koszt wykonawcy. Nie zachodzi w takim przypadku zmiana świadczenia przewidzianego w ofercie, ale realizacja zobowiązania wykonawcy do opracowania projektu OSZR, zgodnego z wyznaczonymi w SIWZ wiążącymi parametrami minimalnymi wg. bazowej dokumentacji zamawiającego, przy tym nadającego się do realizacji robót budowlanych w oparciu o przekazany wykonawcy projekt.

Ponadto, finalnie, w trakcie rozprawy odwołujący stwierdził, że akceptuje postanowienia klauzuli 1.13 lit d w takim zakresie, w jakim z jego własnej inicjatywy, a w szczególności z opracowanego projektu OSZR będzie wynikać konieczność zmian w dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego na roboty budowlane. Wtedy przyjmuje, że nie może stanowić to podstawy do roszczeń finansowych i terminowych w stosunku do zamawiającego.

Zarzuty odwołującego w tym zakresie zostały postawione w sposób teoretyczny w oderwaniu od faktycznej treści i znaczenia skarżonych postanowień SIWZ i nie podlegały uwzględnieniu.

W uzasadnieniu odnośnie zarzutów z pkt 3 petitum, odwołujący podał, co następuje.

**Zarzut 3.** Naruszenia art. 140 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie umownego prawa do odstąpienia od umowy w zakresie wykonania robót budowlanych w sposób sprzeczny z normą wyrażoną w art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego, a nadto skutkujący modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego z zobowiązania zawartego w ofercie.

W klauzuli 15.1 (powinno być 15.5) projektu umowy (warunków szczególnych kontraktu na roboty budowlane) zamawiający przewidział, że „Niezależnie od postanowień akapitu pierwszego Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od Kontraktu w przypadku odstąpienia od Aktu Umowy w części dotyczącej wykonania obszarowego systemu zarządzania ruchem. Oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu Zamawiający może złożyć w terminie 60 dni od daty powzięcia wiadomości o przyczynie stanowiącej podstawę odstąpienia, w formie pisemnej pod rygorem nieważności i powinien zawierać uzasadnienie.” Zastrzeżenie takie poczytał odwołujący za sprzeczne jest z treścią art. 395 Kodeksu cywilnego, gdyż nie określa *de facto* terminu, w jakim odstąpienie może nastąpić. Wskazanie, bowiem „terminu 60 dni od daty powzięcia wiadomości o przyczynie stanowiącej podstawę odstąpienia” nie jest właściwym określeniem terminu na odstąpienie.

Przesłanką ważności zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia jest określenie terminu, w którym odstąpienie może nastąpić. Wymóg ten, odnoszący się do każdego przypadku zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia ma na celu wyeliminowanie stanu niepewności, jaki wprowadza do stosunku zobowiązaniowego zastrzeżenie prawa odstąpienia. Co do sposobu określenia terminu, w czasie którego będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia - wymagane jest wskazanie zdarzenia, które na pewno wystąpi. Podanie określonego w dniach terminu - bez jednoczesnego wskazania zdarzenia stanowiącego początek biegu tego terminu - uznaje się za obejście wymogu określenia terminu dla wykonania prawa odstąpienia. Abstrahując od powyższego, zastrzeżenie w projekcie umowy prawa odstąpienia od umowy narusza przepis art. 140 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnioną modyfikację zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego ze zobowiązania zawartego w ofercie.

**Żądanie:** wykreślenie akapitu drugiego z postanowienia klauzuli 15.5 Szczegółowych Warunków Kontraktu na roboty budowlane, przewidującego prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku odstąpienia od Aktu Umowy w części dotyczącej wykonania obszarowego systemu zarządzania ruchem.

**Stanowisko zamawiającego:**

W odniesieniu do stawianego zarzutu zamawiający wskazywał, że w § 20 ust. 2.3 WSWOSZR przewidział prawo odstąpienia od aktu umowy w odniesieniu do obszarowego

systemu zarządzania ruchem, w którym oznaczył wyczerpujące przesłanki uprawniające go od odstąpienia od umowy w odniesieniu do OSZR, a może odstąpić od umowy w zakresie robót budowlanych w terminie 60 dni od daty odstąpienia od umowy w odniesieniu do OSZR. Dlatego też uważał, że spełnił przesłanki wyznaczone w art. 395 § 1 K.c. Zamawiający uznał, że podał zarówno termin odstąpienia, jak i wskazał zdarzenie początkowe, od którego termin powinien być liczony, jest to warunek w rozumieniu art. 89 K.c., czyli warunek, że następuje odstąpienie od umowy w zakresie OSZR. Nie dochodzi przy tym do zmiany zakresu świadczenia określonego w umowie, a w szczególności zwiększenia tego zakresu, a prawo odstąpienia zostało przewidziane w warunkach zamówienia, w związku z tym może być realizowane w ramach dopuszczalnych zmian w umowie w oparciu o art. 144 ust. 1 Pzp i art. 395 § 1 K.c. związku z art. 139 ust. 1 Pzp, gdyż do umów w sprawie zamówień publicznych mają zastosowanie przepisy K.c.

Odwołujący i zamawiający zgodnie przyznali, że w przypadku odstąpienia od umowy w zakresie robót budowlanych w części 3, nie wyłącza to rozliczeń i wypłaty wynagrodzenia wykonawcy za roboty wykonane do czasu odstąpienia.

#### **Stanowisko Izby:**

Zarzut naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie umownego prawa do odstąpienia od umowy w zakresie wykonania robót budowlanych w sposób sprzeczny z normą wyrażoną w art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego, a nadto skutkujący modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego z zobowiązania zawartego w ofercie, nie znalazł potwierdzenia.

Odwołujący pominął istotne okoliczności, że w § 20 Warunków Szczególnych Wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem zamawiający wyspecyfikował okoliczności, jakie będą go uprawniały do odstąpienia od umowy, które to postanowienia SIWZ nie zastały zaskarżone. Elementy zamówienia zaprojektowania, wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem i jego wdrożenia, będącego systemem teleinformatycznym oraz wykonania robót budowlanych w zakresie infrastruktury w oparciu, o którą system ten ma funkcjonować są ze sobą nierozzerwalnie związane. Odstąpienie zatem od umowy w części dotyczącej Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem czyni bezprzedmiotowym wykonywanie robót budowlanych obiektów dla takiego systemu, który nie będzie realizowany. Przy tym Izba podzieliła poglądy zamawiającego, że kwestionowane postanowienie spełnia przesłanki art. 395 § 1 K. c. warunkujące skuteczność odstąpienia. Zamawiający oznaczył termin początkowy poprzez wskazanie w § 20 ust. 2.3 WSWOSZR zdarzeń, od którego termin 60 dni powinien być liczony, w rozumieniu art. 111 K.c. Prawo odstąpienia zostało przewidziane w warunkach zamówienia, w związku z tym może być

realizowane w ramach dopuszczalnych zmian w umowie w oparciu o art. 144 ust. 1 Pzp i nie prowadzi to do zwiększenia zakresu zamówienia w rozumieniu art. 140 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odnośnie zarzutów z pkt 4 petitum, odwołujący podał, co następuje.

**Zarzut 4.** Naruszenie art. 143a ustawy Pzp poprzez wprowadzenie zasad dotyczących zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie robót budowlanych - z uwzględnieniem okoliczności zaangażowania podwykonawców - sprzecznych z warunkami określonymi w tym przepisie.

Zgodnie z klauzulą 4.4.5 szczególnych warunków kontraktu „Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca będzie dokonywać płatności na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców przed wystawieniem faktury dla Zamawiającego obejmującej Roboty powierzone w ramach umowy o podwykonawstwie i dowód uiszczenia takiej zapłaty będzie przedstawiony Zamawiającemu wraz z fakturą W przypadku braku załączenia do faktury dowodu uiszczenia płatności na rzecz Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy Zamawiający postąpi zgodnie z subklauzulą 14.7.” Brzmienie tej klauzuli w ocenie odwołującego jest sprzeczne z dyspozycją zawartą w art. 143a ustawy Pzp. Zgodnie z art. 143a ust. 1 pkt 1 tej ustawy, w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach - warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 143c ust. 1 ustawy Pzp, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych. Tym samym nałożony na wykonawcę obowiązek dokonywania płatności na rzecz podwykonawców z wyprzedzeniem - przed wystawieniem faktury dla zamawiającego obejmującej prace wykonane z udziałem podwykonawców, zastrzeżony został z naruszeniem art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący zwracał uwagę, iż przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący. W związku z tym zamawiający nie ma prawa modyfikacji zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

**Żądanie:** nakazanie modyfikacji postanowień klauzuli 4.4.5. Szczegółowych Warunków Kontraktu w sposób odpowiadający dyspozycji art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

**Stanowisko zamawiającego:**

Po wniesieniu odwołania, zamawiający dokonał w dniu 31 stycznia 2014 r. zmian SIWZ, dostosowując kwestionowane postanowienie SIWZ do postanowień art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

## **Stanowisko Izby:**

Izba uznała, że poprzez dokonaną modyfikację SIWZ, trafność powyższego zarzutu została przez zamawiającego przyznana w rozumieniu art. 190 ust. 5 ustawy Pzp i do stwierdzenia tego faktu, zgodnie z wnioskiem odwołującego, ograniczyła rozpatrywanie zarzutu.

Izba ocenia zasadność zarzutów odwołania na moment jego wniesienia. Przez sam fakt dokonania zmian w SIWZ żądanych przez wykonawcę w odwołaniu, zamawiający potwierdził, że ustalone z naruszeniem przepisów ustawy Pzp postanowienia SIWZ, mogłyby mieć istotny wpływ na wynik postępowania, i dlatego też je zmienił.

Inną okolicznością jest, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, przy wyrokowaniu Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Oznacza to tylko tyle, że nie nakazuje w wyroku dokonania czynności, które już w trakcie postępowania odwoławczego zostały przez zamawiającego wykonane, gdyż byłoby to bezprzedmiotowe.

Wykonawca wnosząc odwołanie nie jest w stanie przewidzieć reakcji zamawiającego. Tak, więc nawet w przypadku dokonania w całości modyfikacji postanowień SIWZ, zgodnych z żądaniami wykonawcy, nie można przyjmować, iż odwołanie stało się przez to niezasadne, i w wyniku jego rozstrzygnięcia kosztami obciążać odwołującego.

Ustawodawca umożliwił zamawiającemu możliwość uwzględnienia odwołania w odpowiednim terminie. Przy czym w takim przypadku, wykonawcy przysługuje zwrot całości wpisu od odwołania. Jeżeli zamawiający poprzestaje jedynie na dokonaniu modyfikacji SIWZ, musi się liczyć z tym, że jego działania zostaną uznane za przyznanie zarzutów, ze wszystkimi tego skutkami.

W uzasadnieniu odnośnie zarzutów z pkt 5 i 6 petitum, odwołujący podał, co następuje.

**Zarzut 5.** Naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

**Zarzut 6.** Naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp i 632 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień skutkujących istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp, a także przy zachowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak zostało już wyżej wspomniane, zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający musi, zatem opisać przedmiot zamówienia w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie przygotować ofertę. Stanowisko takie znalazło potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej (przywołany wyżej wyrok z dn. 31 stycznia 2012 r. sygn. KIO 136/12). Podobnie w wyroku z dnia 14 stycznia 2013 r. (sygn. KIO 2888/12), KIO stanęła na stanowisku, że: *„Art 29 ust 1 ustawy zawiera normę nakazującą zamawiającemu jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w taki sposób, aby wykonawca po zapoznaniu się z tym opisem był w stanie sporządzić ofertę. Tym samym w sytuacji, gdy zamawiający oczekuje dostawy na jego rzecz jakiegoś dobra czy świadczenia na jego rzecz usługi mu określić swoje wymagania tak szczegółowo i dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje i to właśnie mu zaoferować. Prawidłowa realizacja normy art. 29 ust 1 ustawy jest gwarancją porównywalności ofert. Z mocy art. 29 ust 1 ustawy na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia przedmiotu zamówienia, a zatem nawet w sytuacji, gdy nie jest on profesjonalistą musi potrafić określić swoje potrzeby i oczekiwania. Jeśli przedmiot jest wysoce specjalistyczny, a zamawiającemu brak odpowiedniej wiedzy, aby jasno określić wymagania, może skorzystać z dialogu technicznego, trybów negocjacyjnych (w szczególności dialogu konkurencyjnego), czy powołać biegłych służących mu odpowiednią pomocą. Brak jest jednak podstaw do zwolnienia zamawiającego z obowiązku jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie wyjątków od zasady art. 29 ust. 1 ustawy prowadziłyby, bowiem do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych.”*

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie cz. 3 zamówienia, w odniesieniu do Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem (dalej „OSZR”), w następujących dokumentach:

- 1) Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
- 2) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna (SST);
- 3) Warunki Szczegółowe Wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem (WSWOSZR);
- 4) Akt Umowy;
- 5) Zał. nr 1 do Warunków Szczegółowych Kontraktu OPZ odcinek nr 8 (OPZ)

Wskazane wyżej dokumenty, w ocenie odwołującego, zawierają wzajemnie sprzeczne postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Z jednej strony, bowiem zamawiający określił przedmiot zamówienia poprzez odniesienie się do minimalnych

wymagań (co wynika również z postanowień SIWZ), z drugiej strony w innych częściach dokumentacji zamawiający zawarł szereg postanowień, które sprawiają, że wskazane minimalne wymagania tracą charakter wiążący, ponieważ zamawiający przewidział możliwość dowolnej modyfikacji tych parametrów. Doprowadziło to odwołującego do wniosku, że opis minimalnych wymagań/podstawowych funkcjonalności nie może stanowić punktu odniesienia przy konstruowaniu oferty, w szczególności jej elementów technicznych.

Odwołujący na uzasadnienie tezy o niewiążącym charakterze minimalnych wymagań, w odniesieniu do OSZR, wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia przywołał następujące postanowienia dokumentu WSWOSZR:

**Zarzut 1) § 2.4 WSWOSZR** – zgodnie, z którym w przypadku, gdy zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie nie pozwoli na spełnienie wymagań zamawiającego, co spowoduje konieczność wprowadzenia zmian w zakresie architektury, Oprogramowania lub Oprogramowania Aplikacyjnego, wykonawca będzie zobowiązany do ich wprowadzenia w ramach Umowy na wykonanie niniejszego zamówienia, bez dodatkowego wynagrodzenia. Odwołujący zaznaczył, iż zgodnie z § 3.4 [4.3] WSWOSZR zamawiający dokonuje odbioru dokumentacji technicznej. Postanowienie § 2.4 WSWOSZR prowadzi, zatem do sytuacji, w której zamawiający może stwierdzić, że system wykonany według zaakceptowanego przez niego projektu nie spełnia z nieokreślonych przyczyn jego wymagań i zażądać wprowadzenia zmian w zakresie architektury na koszt wykonawcy, daje to możliwość nieograniczonej żądanymi przesłankami modyfikacji wymagań technicznych, oraz zakresu świadczenia wykonawcy, bowiem wykonawca będzie musiał dokonywać wszelkich zmian, niekoniecznie uzasadnionych treścią SIWZ;

#### **Stanowisko zamawiającego:**

W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśniał, że zastrzegł sobie prawo do tego, aby zaakceptować przedstawiony przez wykonawcę projekt na Obszarowy System Zarządzania Ruchem, o czym mówi § 9 pkt 9.1.1 WSWOSZR etap 1 – opracowanie i zatwierdzenie kompletnej dokumentacji technicznej dla OSZR. Zamawiający podnosił, że pkt 2.4 WSWOSZR odwołuje się do rozwiązania, a przez rozwiązanie rozumie się system wraz ze strukturą teleinformatyczną. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że po zatwierdzeniu przez niego projektu systemu OSZR nie będzie się domagał jakichkolwiek zmian tego systemu na koszt wykonawcy, natomiast pkt 2.4 WSWOSZR odnosi się do okresu, kiedy wykonawca przedkłada zamawiającemu do zatwierdzenia tenże projekt i wówczas, jeżeli zamawiający ma do niego uwagi, to wykonawca powinien je uwzględnić i wprowadzić zmiany bez dodatkowego wynagrodzenia. Zamawiający odnosił kwestionowane postanowienie do § 9 szczególnych warunków, gdzie, jako etap 1, przewidział opracowanie i zatwierdzenie

kompletnej dokumentacji technicznej OSZR w terminie nie dłuższym niż 60 dni od daty zawarcia umowy.

Odwołujący wobec powyższego stanowiska zamawiającego stwierdził, iż takie rozumienie jak zamawiający zaprezentował na rozprawie powodowałoby, że wymóg z pkt 2.4 WSWOSZR byłby do zaakceptowania dla wykonawcy, z tym że powinno być w takim razie doprecyzowane, iż chodzi tu o spełnienie wymagań minimalnych zamawiającego określonych w dokumentacji udostępnionej wykonawcom przez zamawiającego.

### **Stanowisko Izby:**

Niewątpliwie zamawiający zastrzegł sobie zatwierdzenie dokumentacji projektowej w odniesieniu do Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem w § 3 ust. 3.4 Warunków Szczególnych wykonania tego systemu. Stąd należy wywodzić, iż przed akceptacją tej dokumentacji zamawiający będzie weryfikował jej poprawność i przydatność do prawidłowego wykonania umowy z punktu widzenia stawianych wymagań.

Wykonawca zobowiązany jest opracować dokumentację w terminie 60 dni od daty zawarcia umowy. W ocenie Izby zatwierdzona dokumentacja stanowi podstawę prowadzonych prac przez wykonawcę w poszczególnych dalszych etapach.

Zgodnie z art. 636 § 1 K.c., jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania. Jedynie, gdy przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową zamawiający ma prawo domagać się poprawy dokumentacji, lub też robót według niej prowadzonych na koszt wykonawcy.

Skoro postanowienia klauzuli 2.4 § 2 WSWOSZR należy odnosić do okresu poprzedzającego zatwierdzenie dokumentacji, to dla wypełniania wymogu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, pozwalającego na prawidłowe oszacowanie kosztów oferty, winno to znaleźć odzwierciedlenie wprost w treści tego postanowienia, lub przez jednoznaczne przywołanie innych postanowień doprecyzowujących, że jedynie, gdy zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie ustalone przed jego zatwierdzeniem przez zamawiającego nie pozwoli na spełnienie minimalnych wymagań zamawiającego podanych dla części 3 zamówienia w SIWZ oraz w załączniku 1 do WSWOSZR, co spowoduje konieczność wprowadzenia zmian w zakresie architektury, Oprogramowania lub Oprogramowania Aplikacyjnego - wykonawca będzie zobowiązany do ich wprowadzenia w ramach Umowy na wykonanie niniejszego zamówienia, bez dodatkowego wynagrodzenia.

Nie do przyjęcia byłoby takie stanowisko zamawiającego, że gdy zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie, mimo jego zatwierdzenia w przyjętej dokumentacji (§ 9.1.1



Etap 1 Opracowanie i zatwierdzenia kompletnej dokumentacji technicznej (SOZR) - nie pozwoliło na spełnienie dowolnych późniejszych wymagań zamawiającego, co spowodowałoby konieczność dokonania zmian w zakresie architektury, Oprogramowania lub Oprogramowania Aplikacyjnego - wykonawca byłby zobowiązany do ich ciągłego wprowadzenia w ramach umowy na wykonanie niniejszego zamówienia, bez dodatkowego wynagrodzenia. Mogłoby to powodować po stronie wykonawcy konieczność wielokrotnego przeprojektowywania systemu i zmian zakresu rzeczowego wykonanych w poprzednich etapach prac - wyłącznie z woli zamawiającego. Powyższe nie mieściłoby się w oszacowaniu kosztów oferty i prowadziło do naruszenia art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający mógł poprzestać na finalnym odbiorze prac, zapewniających dotrzymanie wszelkich wyznaczonych minimalnych parametrów i funkcjonalności. Skoro jednak zdecydował się na zweryfikowanie dokumentacji opracowanej przez wykonawcę i jej akceptację, musi uwzględniać tego skutki.

Zamawiający będzie zobowiązany do doprecyzowania treści 2.4 § 2 WSWOSZR, w sposób, w jaki podał jego znaczenie do protokołu rozprawy.

**Zarzut 2) § 4.4 WSWOSZR** - w myśl którego zamawiający ma prawo w przypadku przeprowadzenia testu na etapie realizacji umowy, do odmowy odbioru kolejnego Etapu, również w przypadku, gdy na moment odbioru tego właśnie Etapu stwierdzi, że Rozwiązanie nie realizuje lub realizuje w sposób niewłaściwy wymagania odebrane już wcześniej w poprzednich Etapach. Postanowienie to zmienia charakter opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w kontekście § 4.5 WSWOSZR, zgodnie z którym zamawiający ma prawo do dowolnej zmiany procedur testowych, w oparciu o które będzie dokonywał odbioru. Prowadzi to do wniosku, że pozytywny odbiór testowy wcześniejszych etapów może uniemożliwić prawidłowy odbiór późniejszego etapu prac (zwłaszcza, że nie jest znana procedura testowa), a zatem prawidłowo wykonany etap może nie zostać odebrany, ze względu na prawidłowe wykonanie wcześniejszych etapów na podstawie arbitralnej decyzji zamawiającego, podjętej w oparciu o dowolnie zaprojektowane testy. Powoduje to, że pierwotne minimalne wymagania mogą okazać się niewystarczające na podstawie nie możliwych do przewidzenia i uwzględnienia przez wykonawcę okoliczności.

#### **Stanowisko zamawiającego:**

Zamawiający uznawał, że postanowienia § 4.3 WSWOSZR, § 4.5 WSWOSZR, mają uzasadnione podstawy. Podał, że w zał. 4 do WSWOSZR przewidział zasady odbioru elementów systemu w oparciu o scenariusze testowe zaproponowane przez wykonawcę, ale zatwierdzone przez zamawiającego. Argumentował dalej, że ponieważ w skład całego systemu wchodzi poszczególne podsystemy będące przedmiotem odbioru w

poszczególnych etapach, to scenariusze testowe są przewidziane dla każdego z podsystemów, a również przy odbiorze całości systemu będzie prowadzona procedura testowa, weryfikująca spełnienie wymogów, co do funkcjonowania całego systemu. Zamawiający wskazał, że scenariusze testowe mają być przedłożone przez wykonawcę przez rozpoczęciem odbioru i zastrzegł sobie prawo akceptacji scenariuszy testowych, w oparciu o które będzie dokonywał odbioru.

#### **Stanowisko Izby:**

Z dokumentacji akt postępowania wynika, że zamawiający nie tylko zastrzegł sobie akceptację scenariuszy testowych przedstawionych przez wykonawcę pkt § 4.3 WSWOSZR, ale możliwość w pkt § 4.5 WSWOSZR odbioru etapów i całości prac, w oparciu o własne scenariusze testowe, które są nieznane wykonawcy w chwili składania oferty, i na które nie będzie miał żadnego wpływu. Może dojść do tego, że według scenariuszy testowych zamawiającego, nie potwierdzą się parametry wymagane systemu w zakresie poszczególnych etapów, a w szczególności etapów późniejszych do wcześniejszych, co będzie zmuszało wykonawcę do dokonywania korekt rozwiązań systemowych, którego zakresu nie da się przewidzieć przy złożeniu oferty.

Zamawiający w ramach koniecznego dookreślenia opisu przedmiotu zamówienia, spełniającego wymagania art. 29 ust. 1 Pzp, zobowiązany będzie wykreślić postanowienie pkt § 4.5 WSWOSZR odbioru dostarczonych produktów i wymaganej funkcjonalności w oparciu o własne scenariusze testowe zamawiającego, które są nieznane wykonawcy w chwili opracowywania dokumentacji zamawianego systemu. Postanowienia pkt § 4.3 WSWOSZR, w ocenie Izby, wystarczająco chronią interes zamawiającego, skoro zapewnił on sobie wpływ na ich zakres, poprzez zatwierdzenie scenariuszy testowych opracowywanych przez wykonawcę. Pozostawienie jedynie scenariuszy testowych, wykonawcy zaakceptowanych przez zamawiającego, pozwoli wykonawcom przy ich pomocy, wykazać spełnienie wszystkich wymaganych minimalnych parametrów i funkcjonalności, zarówno dla poszczególnych etapów, jak i przy odbiorze końcowym. Załącznik nr 4 do WSWOSZR zawiera zasady odbioru elementów systemu. Skoro zamawiający ustalił te zasady nie może zastrzegać prawa do opracowania własnych scenariuszy testowych w oparciu, o które będzie dokonywał odbioru.

**Zarzut 3) § 5.2 WSWOSZR** – zgodnie, z którym w ramach realizacji poszczególnych Etapów wykonawca zobowiązany jest do dostosowywania Rozwiązania, w celu spełnienia wymagań wskazanych przez zamawiającego dla danego Etapu. Postanowienie to prowadzi do niemożliwego do zaakceptowania na gruncie ustawy Pzp wniosku, że zamawiający będzie określał przedmiot zamówienia, a zatem i zakres świadczenia wykonawcy w trakcie

realizacji umowy. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy ze zobowiązaniem wynikającym z oferty. Przedmiotowe postanowienie umożliwia dowolną modyfikację przedmiotu zamówienia, a zatem nieograniczone rozszerzanie zakresu świadczenia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Możliwość dowolnej modyfikacji właściwości przedmiotu zamówienia powoduje również, że opis przedmiotu zamówienia ma charakter niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

**Stanowisko zamawiającego:**

Zamawiający wyjaśniał, że w przywołanym § 5.2 WSWOSZR - zgodnie, z którym w ramach realizacji poszczególnych Etapów wykonawca zobowiązany jest do dostosowywania Rozwiązania, w celu spełnienia wymagań wskazanych przez zamawiającego dla danego Etapu, chodzi wyłącznie o spełnienie wymagań minimalnych z opisu przedmiotu zamówienia dla danego etapu podanych w SIWZ, a nie innych ustalonych przez zamawiającego w toku postępowania.

**Stanowisko Izby:**

Kwestionowane postanowienie nie jest jednoznaczne z punktu widzenia wymagań art. 29 ust. 1 Pzp, i może być w różny sposób interpretowane. Dlatego też zamawiający winien dookreślić wprost lub przez stosowne odesłania, że w ramach realizacji poszczególnych etapów wykonawca zobowiązany jest do dostosowania Rozwiązania, w celu spełnienia minimalnych wymagań wskazanych dla danego Etapu podanych w opisie przedmiotu zamówienia.

**Zarzut 4) § 5.6 WSOSZR** - w myśl którego wykonawca w ramach umowy, bez ponoszenia dodatkowych kosztów ze strony zamawiającego, zobowiązany jest do wykonania dodatkowych modyfikacji zgłaszanych przez zamawiającego. Wprawdzie zamawiający zastrzega, że nie może przekroczyć to 240 roboczogodzin w ciągu pierwszego roku kalendarzowego po dacie odbioru końcowego (§ 5.7 WSOSZR). Jednakże, po pierwsze ograniczenia nie odnoszą się do kosztów materiałów, wykorzystywanego sprzętu itp. a jedynie do robocizny. Po drugie z § 5.6 WSOSZR nie wynika, że modyfikacje, o których tutaj mowa mogą być dokonywane jedynie w pierwszym roku po odbiorze projektu, co prowadzi do wniosku, że jedynie ograniczenie, o którym mowa w § 5.7 WSWOSZR ma zastosowanie w pierwszym roku po dokonaniu Odbioru. Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że także i to postanowienie, umożliwia zamawiającemu zmianę przedmiotu zamówienia i zakresu świadczenia wykonawcy, nie tylko w trakcie realizacji zamówienia, ale również po jego odbiorze.

**Stanowisko zamawiającego:**

Zamawiający wyjaśnił, że postanowienia § 5.6 i § 5.7 WSWOSZR rozumie w ten sposób, że wykonawca w ramach umowy zobowiązany jest do wykonania dodatkowych modyfikacji systemu zgłaszanych przez zamawiającego, wyłącznie w pierwszym roku po odbiorze, a łączna pracochłonność tych modyfikacji nie może przekroczyć 240 godzin i nie dotyczy dostaw sprzętowych i materiałowych.

**Stanowisko Izby:** Odwołujący pominął, że w zakresie niezaskarżonych przez niego postanowień § 13 WSWOSZR wykonawca w ramach asysty technicznej (wsparcia technicznego i usług serwisowych) zobowiązany jest, między innymi do aktualizacji dostarczonej dokumentacji i oprogramowania w okresie 60 miesięcy od daty podpisania końcowego protokołu przejęcia inwestycji.

Powyższe nie obejmuje w ocenie Izby wykonywania wszelkich dokonywanych modyfikacji systemu, których potrzebę zamawiający zgłosi. Z postanowień § 5.6 WSWOSZR wynika, że takie zlecenia będą miały charakter nieodpłatny jedynie w zakresie 240 roboczogodzin w okresie pierwszego roku po odbiorze.

Skarżone postanowienia pozostają jednak niejednoznaczne. Z tych względów, celem spełnienia postulatów art. 29 ust. 1 Pzp, zamawiający doprowadzi postanowienia § 5.6 i § 5.7 WSWOSZR do treści jednoznacznego nadania znaczenia - jak deklarowane na rozprawie.

**Zarzut 5) § 8.4 WSOSZR** - zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest w ramach asysty technicznej, do zaoferowania zamawiającemu wprowadzenia modyfikacji funkcjonalności Oprogramowania Aplikacyjnego, wykonanych dla innych klientów, bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego. Postanowienie to w sposób oczywisty według odwołującego - umożliwia zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i zobowiązuje go w ramach niezmienionego wynagrodzenia do rozszerzenia świadczenia o nowe funkcjonalności, które mogły znaleźć się u innych klientów, ze względu na przyjęte u nich inne rozwiązania systemowe. Powoduje to, że wykonawca jest zobowiązany oferować w ramach tego samego wynagrodzenia rozwiązania, które zostały zastosowane w bardziej skomplikowanych systemach, a zatem takich, które wiązały się z większymi nakładami finansowymi, jak również takich, które nie wynikają z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, co nie tylko umożliwia zmianę zakresu świadczenia wykonawcy, lecz również sprawia, że opis przedmiotu zamówienia ma charakter niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zarzut, nie został przez odwołującego podtrzymany na rozprawie i z tych względów nie podlegał rozpoznaniu.

**Zarzut 6) § 8.7 WSOSZR** - w myśl, którego wykonawca zobowiązany jest do wykonania Modyfikacji, w terminach umożliwiających zamawiającemu terminową realizację jego zadań wynikających z przepisów prawa, jednakże z zachowaniem zasad profesjonalnego świadczenia usług. Postanowienie to prowadzi do wniosku, według odwołującego, że wykonawca musi dokonać modyfikacji o nieprzewidywalnym dla niego zakresie w czasie, którego nie jest w stanie oszacować. Wykonanie złożonej modyfikacji w krótkim czasie może prowadzić do znaczącego wzrostu kosztów, które jednak muszą zostać uwzględnione w cenie ofertowej, co jest niemożliwe ze względu na brak jakichkolwiek informacji umożliwiających oszacowanie tego rodzaju kosztów. Sprawia to, że opis przedmiotu nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zarzut, nie został przez odwołującego podtrzymany na rozprawie i z tych względów nie podlegał rozpoznaniu.

Wyżej przedstawione stanowisko w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania sygn. akt: KIO 150/14 Izba oparła o ustalony stan faktyczny sprawy, wynikający z treści przeprowadzonych dowodów: postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Tom I, Tom III Akt umowy, Szczególne Warunki Kontraktu dla robót budowlanych oraz Warunki Szczególne Wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem – część 3 zamówienia.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Należało uznać, że odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem zainteresowany złożeniem oferty, a skarżone postanowienia SIWZ w sposób negatywny oddziałują na możliwość jego udziału w przedmiotowym przetargu.

Podsumowując ogólnie, Izba miała na uwadze, że zamówienie na część 3 obejmuje zaprojektowanie systemu OSZR, jego wykonanie wraz z elementami robót budowlanych infrastruktury, wdrożenie, asystę przy rozwiązywaniu bieżących problemów technicznych i udzielenie gwarancji oraz rękojmię prawidłowego funkcjonowania w oznaczonym czasie.

Zamówienie nie obejmuje usługi rozwoju systemu, pod którym to pojęciem mieszczą się wszelkie konieczne modyfikacje, inne niż objęte SIWZ. Mogą to być, bowiem odrębne zamówienia. Wymagania, aby wykonawca w cenie oferty za opisany w SIWZ przedmiot zamówienia zapewnił w szczególności rozwój systemu, który nie został przewidziany w przedmiocie niniejszego zamówienia, nie znajdowałyby usprawiedliwionych racji.

Trafne były też uwagi odwołującego, że skarżone postanowienia SIWZ, w znacznym zakresie sprawiają, że opis przedmiotu zamówienia dla cz. 3 zamówienia, SIWZ, oraz wszelkie inne załączone dokumenty określające przedmiot zamówienia tracą charakter wiążący, mogą bowiem być dowolnie interpretowane i modyfikowane przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, jak również po jego zakończeniu i w konsekwencji nie można przypisać im cechy jednoznaczności i wyczerpującego charakteru. Dodatkowo należało stwierdzić, że taki opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tak w zakresie rzeczowym, jak i jej prawidłowego oszacowania. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, co nie może zostać zaakceptowane szczególnie gdy się zważy, że w przedmiotowym postępowaniu, całość zamówienia musi zostać wykonana w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, które nie może zostać podwyższone w trakcie realizacji umowy (jak wynika z § 3 ust. 2 Aktu Umowy). Wykonawca będzie zmuszony wykonać przedmiot zamówienia za cenę uwzględniającą podane w SIWZ wymagania w sytuacji, gdy ostateczny kształt systemu mógłby wiązać się z poniesieniem przez wykonawcę dodatkowych kosztów prac. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym dokładny zakres prac wyznacza przedmiar, a więc szczególnie przy wynagrodzeniu ryczałtowym zamawiającego obciąża obowiązek jednoznacznego, kompletnego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem czytelnych zasad rozliczeń, aby wykonawcy na porównywalnych zasadach mogli sporządzić i oszacować koszty przy zaoferowaniu ceny ofertowej.

Pewnego zakresu zmian i związanych z tym ryzyk wykonawcy, nie da się całkowicie wyeliminować, ale mimo tego opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny pozwalający wykonawcom na przyjęcie racjonalnych założeń ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Izba w tym składzie podziela poglądy wyrażone w wyroku z dnia 9 maja 2012 r. (sygn. KIO 809/12), w którym stwierdzono: *"że obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 K. c. cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy Pzp"*.

Izba nie uwzględniła natomiast stanowiska odwołującego, który zaznaczał, że zamawiający przyjął model realizacji zamówienia, że roboty budowlane nie będą zaprojektowane na potrzeby OSZR, lecz odwrotnie system będzie projektowany w taki sposób, aby jak najlepiej odpowiadał warunkom wynikającym z infrastruktury wzniesionej w oparciu o wcześniejszy projekt. Zdaniem Izby, OSZR ma charakter wtórny. Najpierw

powstaje dokumentacja na sieć rozbudowy i modernizacji trasy tramwaju w relacji wschód - zachód w Łodzi, a następnie służący do jej obsługi obszarowy system zarządzania ruchem, jeżeli nawet przedmiotem dokumentacji na roboty budowlane są elementy infrastruktury urządzeń OSZR.

Skoro postanowienia SIWZ, w zakresie uwzględnionych zarzutów odwołania - pozwalają na dowolną interpretację wymagań określonych w SIWZ - powoduje to, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a zarazem skutkuje naruszeniem postanowień art. 29 ust. 2 Pzp, gdyż konkurencyjność postępowania zawsze jest pochodną ilości złożonych ofert. Na decyzję wykonawców co uczestnictwa w danym przetargu mają zaś wpływ czytelne jego zasady i przewidywalność czynności podejmowanych przez zamawiającego, jednoznaczność wymagań co do wzajemnych obowiązków stron, ze szczególnym uwzględnieniem zasad rozliczeń.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, że zamawiający w części uwzględnionych zarzutów odwołania, naruszył:

1. art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, mogący utrudniać uczciwą konkurencję i uniemożliwiający rzetelne skalkulowanie ceny oferty;
2. art. 140 ust. 1, art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane i wykonania Obszarowego Systemu Zarządzania Ruchem w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty; oraz art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień mogących skutkować istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania przedmiotu zamówienia w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie

- a w konsekwencji doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustalenie warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1,2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Zamawiający będzie zobowiązany dokonać zmian w SIWZ w odniesieniu do 3 części zamówienia, w zakresie wyżej podanym, zachowując spójność treści dokumentów wchodzących w skład SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp - stosownie do ich wyniku, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....



